

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de enero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **ÉRICA MOLINA ARIAS** promoviese contra **ACCIÓN S.A. Y REVAL S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda la actora, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo con las demandadas del 28 de febrero de 2013 al 18 de septiembre de 2014; y que la relación laboral terminó unilateralmente y sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa

causa, intereses moratorios, y salarios y aportes a seguridad social dejados de percibir desde el despido hasta que se produzca su reintegro.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Laboró al servicio de las demandadas del 28 de febrero de 2013 al 18 de septiembre de 2014, mediante contrato de obra o labor; **2)** Fue contratada para ocupar el cargo de Cajera, Recaudo de Dinero, Supernumeraria a los Supercades a las Superintendencias de Notarido y Registro del Sur, Centro y Norte; **3)** Devengaba \$723.450, más un auxilio de transporte equivalente a \$70.500; **4)** Cumplía horario de trabajo y estuvo sujeta a subordinación; y **5)** Al año de estar trabajando quedó en estado de embarazo, empero, al terminar su licencia de maternidad le fue terminado su contrato de trabajo sin justa causa.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

REVAL S.A. (fls.54 a 64), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de título y de causa en las pretensiones de la demandante, ausencia de obligación en la demandada, buena fe de la demandada, y prescripción.

No aceptó ningún hecho. Manifestó que la demandante prestó sus servicios como trabajadora en misión conforme al contrato de suministro de personal celebrado con ACCIÓN S.A.; que al momento de terminarse su contrato de trabajo, la actora quedó en estado de embarazo motivo por el que se originó su permanencia hasta que dicho fuero terminara; y que lo anterior, se realizó en acatamiento de la sentencia SU-071 de 2013.

Por su parte, **ACCION S.A.** (fls. 110 a 115), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó pago, y prescripción.

Aceptó que la actora laboró mediante contrato de trabajo de obra o labor que inició el 28 de febrero de 2013; que además del salario, la demandante devengaba auxilio de transporte; que estaba sujeta subordinación; y que quedó en estado de embarazo, cuando estaba prestando sus servicios; por lo que, cuando terminó su estado de gravidez se dio por terminado el contrato de trabajo el 18 de septiembre de 2014.

Señaló que era el empleador de la accionante, a quien contrató para enviarla en misión a REVAL S.A., para ejecutar labores de cajera; y que durante el tiempo que perduró la relación laboral, no quedó suma pendiente de pago a favor de la accionante.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 20 de enero de 2021, a través de la cual dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, indicó que no existió controversia en cuanto a que la demandante estuvo vinculada al servicio de ACCIÓN S.A. del 28 de febrero de 2013 al 18 de septiembre de 2014, siendo remitida en misión a REVAL S.A.S.; que las trabajadoras en estado de embarazo gozan de estabilidad laboral reforzada, el que se extiende conforme criterio de la Corte Constitucional hasta cuando la trabajadora finaliza su licencia de maternidad; que está acreditado que el hijo de la actora nació el 30 de mayo de 2014, y según interrogatorio de parte que la incapacidad de la demandante se extendió hasta el 14 de septiembre de 2014, de modo que, el empleador finiquitó el contrato de conformidad con el precedente de la Corte Constitucional, y en consecuencia, no

hay lugar a reconocer la indemnización del artículo 239 del C.S.T. ni declarar ineficaz el despido; y que está acreditado que el despido se enmarca en la terminación de la obra o labor, lo que se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico, pues únicamente siguió existiendo para proteger a la trabajadora amparada por fuero de maternidad.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora**, señaló que conforme a la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional prima la realidad sobre lo formal, de manera que, al quedar demostrado que la empresa maneja muchos empleados era dable reubicar a la trabajadora, pues acababa de ser madre y gozaba de estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 11 de agosto de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y de REVAL S.A.S., para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si para el momento de la terminación

del vínculo laboral de la actora, ésta gozaba de fuero de maternidad.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJERES EN CONDICIÓN DE EMBARAZO.

El derecho de las mujeres a recibir una especial protección durante la maternidad se encuentra previsto en el artículo 43 de la Constitución, norma que señala expresamente que las mujeres tienen derecho a gozar de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y que deben recibir un subsidio alimentario, en caso de desempleo o desamparo.

Así mismo, es menester destacar que la mujer embarazada o lactante goza de protección frente a la discriminación en el ámbito laboral a raíz del embarazo, específicamente que se efectúe la terminación o la no renovación de su contrato por causa o con ocasión de esa condición o de la lactancia. De este modo, el fuero de maternidad, encuentra también su sustento en la cláusula general de igualdad de la Constitución que proscribe la discriminación por razones de sexo, así como en el ya mencionado artículo 43 Superior, que dispone la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres.

Adicionalmente, la prohibición de discriminación en el ámbito laboral de las mujeres en estado de embarazo ha sido ampliamente desarrollada por numerosos instrumentos internacionales, entre los cuales se destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.E.S.C.) (artículo 26), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (C.A.D.H.) (artículos 20 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (P.I.D.E.S.C.) (artículos 2° y 6°), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belém do Pará– (artículos 4° y 6°) y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

(artículo 11). Así mismo, los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) son un referente especialmente relevante en materia de igualdad y no discriminación de las mujeres en el empleo.

De otro lado, la sentencia SU-070 de 2013 proferida por la H. Corte Constitucional señaló que *“la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es”*.

De esta manera, la prohibición de despido por causa o con ocasión del embarazo se encamina a garantizar a la mujer embarazada o lactante un ingreso que permita el goce del derecho al mínimo vital y a la salud, de forma independiente. En este sentido, la jurisprudencia antes aludida ha afirmado que la protección reforzada de la mujer embarazada estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz. En esa medida, dicho mandato guarda estrecha relación con los contenidos normativos constitucionales que hacen referencia a la protección de los niños y de la familia.

Finalmente, no puede perderse de vista la relevancia de la familia en el orden constitucional, la que es una justificación adicional de la especial protección de la mujer gestante y lactante. Así, la Sala considera necesario hacer mención del artículo 239 del C.S.T., norma que disponía - para la época de los hechos, pues recuérdese que ha sido modificada posteriormente por la Ley 1822 de 2017 y la Ley 2141 de 2021-, lo siguiente:

“ARTÍCULO 239. ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR.

1. <Numeral **CONDICIONALMENTE** **exequible**> **Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.**

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3. Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.

4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término”. (Negrillas por la Sala).

De esta manera, es claro que ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de su embarazo o lactancia, señalando la H. Corte Constitucional a través de las sentencias SU-070 de 2013 y SU-075 de 2018 que, se configura la estabilidad laboral reforzada de la mujer en condición de embarazo o lactancia, siempre y cuando se verifiquen las siguientes reglas:

“(i) La protección reforzada a la maternidad y la lactancia en el ámbito del trabajo **procede cuando se demuestre**, sin ninguna otra exigencia adicional, lo siguiente:

(a) La existencia de una relación laboral o de prestación y;

(b) Que la mujer se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación.

(ii) No obstante, el **alcance de la protección** se debe determinar a partir de dos factores:

(a) El **conocimiento del embarazo por parte del empleador**; y

(b) La alternativa laboral mediante la cual se encontraba vinculada la mujer embarazada.

24. En otras palabras, se configura el derecho a la estabilidad laboral reforzada siempre que se demuestre el estado de embarazo de la trabajadora desvinculada durante la vigencia del contrato laboral, pero el grado de protección judicial derivada

del fuero de maternidad y lactancia **dependerá de si el empleador conocía del estado de gestación de la trabajadora y de la modalidad del contrato laboral en el cual se hallaba vinculada, pues se trata de proteger el derecho a la igualdad de la mujer gestante y garantizar la no discriminación por esa causa**". (Subrayado y negrillas por la Sala).

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de abril de 2015, Rad. 47001 expuso que el fuero de maternidad, debe garantizarse independientemente del tipo de contrato laboral que una a la trabajadora, que queda embarazada en vigencia del mismo, con su empleador, pues la finalidad de aquélla es proteger a la madre y al hijo que está gestando. Lo anterior, porque tanto en la expiración de un contrato o en el despido converge una misma consecuencia, cual es, que la trabajadora queda cesante, circunstancia cuya ocurrencia es la que precisamente se pretende evitar, en aras de un efectivo amparo de la trabajadora y de aquél que está por nacer.

No obstante, para esa Corporación, el conocimiento empresarial del estado de embarazo no se concibe como el elemento determinante para establecer el grado de protección **sino como una exigencia legal para salvaguardar el empleo de la mujer en condición de embarazo o lactancia**, pues en reiterada jurisprudencia ha tenido la oportunidad de pronunciarse: sentencias del 28 de septiembre de 1998, Rad. 10993, 30 de agosto de 2011, Rad. 40283, 19 de octubre de 2011, Rad. 41075, 28 de mayo de 2015, Rad. 46731, y SL1352-2020, adocinando que, para la protección en el empleo es indispensable el conocimiento del empleador por cualquier medio, o incluso presumirse de un embarazo realmente notorio, sin que sea menester que la empleada esté obligada a acompañar una certificación médica sobre su estado de gravidez; y que si el conocimiento del empleador deriva de la información que suministra la propia trabajadora de encontrarse encinta, respaldada desde luego con el hecho cierto del embarazo acreditable posteriormente con cualquier medio probatorio, ciertamente tal noticia está revestida de la presunción de buena

fe y satisface el propósito normativo de asegurar el conocimiento del obligado a cumplir la protección. En la última sentencia aludida se estableció:

“Recuérdese que para que emerja la protección legal a favor de la trabajadora embarazada, el empleador debe tener conocimiento de su estado por cualquier medio, ya que no existe tarifa legal de prueba y, por ende, acreditado ese conocimiento, tal y como aconteció en el presente caso, se presume que el despido ocurrió por su gravidez. Sobre el fuero de maternidad, la Sala en sentencia CSJ SL, 19 oct. 2011, rad. 41075, explicó:

[...] la protección a la maternidad, a menos que se trate de un hecho notorio, que no es el caso que ocupa la atención a la Sala, inicia desde la noticia del estado de gravidez, de modo que no es posible entender que la decisión de despido comunicada por la empresa a la trabajadora antes de conocer la mencionada situación, le otorgue jurídicamente el fuero materno, porque **mientras que el empleador no se encuentre enterado, no es factible presumir que la decisión obedeció al embarazo.**

Sobre la necesidad del conocimiento empresarial como exigencia legal para efectos de la protección en el empleo, preferentemente mediante la información que suministre oportunamente la propia trabajadora grávida, esta Sala de la Corte desde la sentencia que rememoró el Tribunal que data del 24 de septiembre de 1998 radicación 10993, reiterada en decisiones del 28 de octubre de 2002 y 22 de febrero de 2007, radicados 18493 y 29016, respectivamente, y más recientemente en la del 30 de agosto de 2011 radicación 40283, adoctrinó:

“(....) La Corte Suprema en esta ocasión precisa igualmente que en verdad para esos exclusivos fines atinentes a la protección en el empleo es indispensable el conocimiento del empleador, por cualquier medio, porque la Ley no exige tarifa legal al respecto, o incluso presumirse de un embarazo realmente notorio, sin que sea menester que la empleada esté obligada a acompañar una certificación médica sobre su estado de gravidez. (...)

Dicha necesidad de conocimiento del empleador en manera alguna puede estimarse como atentatoria de la dignidad personal o como algo excesivo, sino, por el contrario, como una carga lógica y mínima, porque tiende a preservar la eficacia de la protección, la transparencia, el derecho de defensa, y halla su fundamento en la necesidad de que el empleador obligado, conociendo los hechos, tenga el deber de respetar la especial protección en el empleo que el Estado brinda a las mujeres embarazadas, ya que solamente desde el instante en que queda advertido puede operar en sana lógica la protección estatuida en los artículos 35 de la Ley 50 de 1990 y 8° del Decreto 13 de 1967. Por tanto, pugnaría contra esos principios y contra los textos legales que los desarrollan que se imponga el pago de una indemnización, o de los demás efectos pertinentes, a alguien que terminó por justa causa un contrato que en principio debía ser calificada previamente por el Inspector de Trabajo dado un estado de

embarazo que el obligado a cumplir los trámites gubernamentales ignoraba [...]" (Negrillas por la Sala).

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

No son objeto de discusión en el proceso los hechos relativos a la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y ACCIÓN S.A., mediante contrato de obra o labor, para desempeñar el cargo de Cajero Recaudador I., enviada como trabajadora en misión de RECAUDO DE VALORES S.A., hoy REVAL S.A.S, (fls.34 y 35); que la demandante dio a luz a su hijo el 30 de mayo de 2014 (fls. 23 a 31 y 177) y que el contrato de trabajo fue terminado por el empleador el 18 de septiembre de 2014 en virtud del finiquito de la terminación de la obra o labor, tal y como se extraer de los hechos 9 y 10 de la demanda, y se verifica en la certificación de folio 134.

De otro lado en comparecieron a rendir testimonio **Lilia Alejandra Ramírez Castillo y Sandra Julieth Amador Solano**, quienes manifestaron:

Lilia Alejandra Ramírez Castillo dijo que era la Coordinadora Administrativa de REVAL S.A.S.; que no conoce a la demandante; que la empresa tiene un contrato comercial con ACCION S.A.S. para el suministro de personal; que la empresa no tuvo ningún vínculo directo con la demandante; que la actora prestó sus servicios en misión a REVAL S.A.S. entre 2013 y 2014; que no conoce porqué se terminó el contrato de la demandante; que lo que le consta es producto de sus funciones en el área de talento humano; y que cuando existe un pico de productividad el área comercial solicita la contratación de personal.

Por su parte, **Sandra Julieth Amador Solano** explicó que conoce a la demandante porque trabajó con ella desde 2013; que todos los trabajadores entran por ACCION S.A. con un contrato

de obra labor; que la demandante trabajó hasta enero de 2014, porque le contó que la habían sacado, pero ella estaba embarazada; que a la actora la sacaron después de la licencia de maternidad; que el contrato de la demandante finalizaba en enero de 2014; que cuando un trabajador se va de la empresa buscan el reemplazo de ese cargo; que REVAL S.A.S. era quien daba las órdenes de la labor; que en REVAL S.A.S. la sacaron en enero del 2014; que cuando se fue la demandante estaba embarazada; que en mayo del 2014 nació el hijo de la demandante; y que la demandante le contó que la liquidaron, entonces supone que, si le debieron pagar licencia de maternidad.

Ahora bien, en **interrogatorio de parte, la representante legal de ACCIÓN S.A.** manifestó que la actora fue despedida cuando regresó de su licencia de maternidad, pues según los reportes que tiene la compañía, la licencia de maternidad terminó el 15 septiembre de 2014 y la demandante se desvinculó el 18 de septiembre del mismo año; que la labor de la actora había finalizado en el mes de febrero del 2014, pero se mantuvo vigente en atención a que estaba gozando de licencia de maternidad; que era un hecho notorio el estado de embarazo de la demandante y con ocasión a esto se le respetó su fuero; y que a la actora ya se le había configurado a mediados del mes de febrero del 2014 la causal objetiva de despido, pues finalizó la obra o labor; declaración que es coincidente con el **interrogatorio de parte de la demandante**, en cuanto a que ésta afirmó que suscribió contrato de trabajo con ACCION S.A. para trabajar en misión con REVAL S.A.S.; y que para el momento del despido, 18 de septiembre de 2014, ya había dado a luz a su hijo.

En tales condiciones, es claro que ACCIÓN S.A., tuvo conocimiento de la situación de gravidez de la demandante, pues así fue aceptado en interrogatorio de parte, por lo que, era deber de ésta como empleador brindar protección de la maternidad, hasta cuando la mujer ha culminado el período de gestación y ha dado a luz, conforme a la jurisprudencia relatada; lo que como

quedó visto acaeció en el *sub judice*, pues la relación laboral finalizó el 18 de septiembre de 2014, esto es, luego de que la demandante diera a luz a su hijo, lo que se itera, ocurrió el 30 de mayo del mismo año.

Del mismo modo, no hay lugar a fijar la presunción del artículo 239 del C.S.T., esto es, que se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, pues la terminación del contrato de trabajo se verificó después de transcurridos tres meses al parto, ya que, como se dijo el finiquito contractual data del 18 de septiembre de 2014, el nacimiento del hijo de la accionante se presentó el 30 de mayo del mismo año.

Así las cosas, no es dable considerar que la terminación del contrato de trabajo de la accionante con ACCIÓN S.A., obedeció a su condición de embarazo, máxime si se tiene en cuenta que conforme al dicho de la testigo Lilia Alejandra Ramírez Castillo, la accionante dejó de prestar sus servicios con ocasión a la expiración de su contrato de obra o labor, lo que se reafirmó en interrogatorio de parte de la actora quien reafirmó que tal causa fue por la que se le dio terminación a su contrato de trabajo; en consecuencia no es dable ordenar su reintegro, así como tampoco indemnización por despido sin justa causa, pues el contrato de trabajo únicamente se extendió a fin de amparar su situación especial de maternidad.

Por lo brevemente ~~expuesto~~ se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

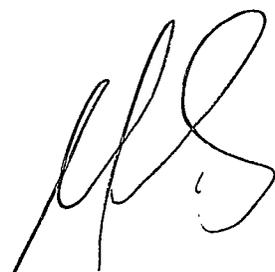
SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$150.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto N° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 22 de febrero de 2022 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del **PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL** promovido por **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO** contra **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La parte activa aspira a que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 01 de abril de 2016; que es beneficiario de la convención colectiva suscrita entre la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.** y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Transportadora de Valores Proseguir de Colombia S.A.- SINTRAVALORES; que se encontraba

Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

amparado por fuero sindical; y que su despido es ilegal. Como consecuencia de lo anterior, solicita su reintegro al mismo cargo que venía desempeñando o a uno de superior jerarquía, junto con el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde su despido hasta su reintegro.

Fundamentó sus peticiones, básicamente en que: **1)** Prestó sus servicios en la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A. del 01 de abril de 2016 al 30 de noviembre de 2018, desempeñando el cargo de Tripulante; **2)** Devengaba \$2'530.772; **3)** Se encontraba afiliado a SINTRAVALORES desde el 09 de enero de 2018; **4)** Entre la demandada y SINTRAVALORES se firmó convención colectiva de trabajo, la que aplica a todos los trabajadores; **5)** El contrato celebrado entre las partes lo fue a término indefinido por mandato de la convención colectiva de trabajo; **6)** Hacía parte de la Comisión Estatutaria de Reclamos de SINTRAVALORES, por lo que, gozaba de fuero sindical; y **7)** El 30 de noviembre de 2018 fue despedido sin permiso del Ministerio del Trabajo.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A., en audiencia del 21 de febrero de 2021, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, inaplicabilidad de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Proseguir de Colombia S.A. y SINTRAVALORES, improcedencia del reintegro dada la naturaleza contractual, improcedencia del reintegro ante la falta de obligación de su representada de solicitar permiso al juez de trabajo para la desvinculación del demandante,

'Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

inexistencia de sindicato mayoritario en Proseguir de Colombia S.A., buena fe, y compensación.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo, los extremos del vínculo laboral y el cargo de Tripulante desempeñado por el demandante. Negó los demás hechos.

En su defensa argumentó que el contrato celebrado con el accionante fue a término fijo; que la relación laboral finiquitó por expiración del plazo fijo pactado; que la convención colectiva le es aplicable únicamente a los afiliados a SINTRAVALORES, pues es un organización sindical de carácter minoritario; que el actor ingresó al sindicato el 09 de enero de 2018, por lo que es a partir de esta fecha que le era aplicable la convención colectiva de trabajo; que al principio de la relación laboral el demandante era beneficiario de un pacto colectivo de trabajo; que la convención colectiva permitía la celebración de contratos a término fijo; y que la jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá ha estado encaminada a establecer que para la época en que estuvo vigente la convención colectiva de trabajo, era dable celebrar diversos contratos de trabajo a término fijo.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el Juzgado de Conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 25 de febrero de 2022, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, la A Quo refirió que no existe controversia en cuanto a que el actor laboró del 01 de abril de 2016 al 30 de noviembre de 2018, y que hacía parte de la organización sindical SINTRAVALORES; que según convención colectiva de trabajo celebrada entre el empleador y SINTRAVALORES, la primera, no se encuentra vedada para realizar contrataciones a término fijo, por demás que el actor al suscribir el contrato de trabajo aceptó

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2019-00068 -01
Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**
Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES
PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

que le fuera aplicable el pacto colectivo vigente, y al haber ingresado con posterioridad al 03 de diciembre de 2010, le era aplicable el régimen laboral que traía; y que el salario acreditado fue la suma de \$1'346.000.

Finalmente, adujo que al tener el accionante un contrato a término fijo, pese a que el actor tuviera fuero sindical, no existió un acto de despido, sino solamente ante una causa estrictamente legal de terminación del contrato, como lo es, el vencimiento fijo pactado.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** adujo que en el ordenamiento jurídico laboral existen tres principios rectores de interpretación normativa, favorabilidad, indubio pro operario, y condición más beneficiosa; que de conformidad con el primero, se debe aplicar la norma que más favorezca al trabajador, de modo que si existen dos normas en la convención colectiva de trabajo aplicables a la situación del actor, se debió preferir la más favorable; que en el capítulo especial si bien se hace alusión a que la empresa puede contratar trabajadores a término fijo, no es menos cierto que en ninguna parte dice que no se puede aplicar el artículo 5° referente a que todos los trabajadores están vinculados mediante contrato a término indefinido, por demás que, de decirlo sería ilegal, ya que, cuál es la razón sustantiva para discriminar a un trabajador por el hecho de ser nuevo; que cuando se establece una discriminación, esta tiene que ser positiva, de manera que, el capítulo especial establece una discriminación que en nada desmejora al trabajador; que el principio de favorabilidad es un imperativo constitucional; que la convención colectiva de trabajo está enmarcada en la protección del trabajador; y que el contrato a término fijo no está contemplado para atravesarse en el derecho laboral y el derecho sindical.

Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

IV. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sea preciso advertir que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

V. CONSIDERACIONES

En el presente caso no se discute: **(i)** la calidad de trabajador del demandante de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A. del 01 de abril de 2016 al 30 de noviembre de 2018; **(ii)** su calidad de aforado; y **(iii)** que su contrato de trabajo fue terminado por la expiración del plazo fijo pactado.

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si el empleador debió acudir previamente ante el juez del trabajo antes de terminar el contrato del demandante, quien goza de fuero sindical, en virtud del artículo 405 del C.S.T; o si, por el contrario, en atención a la expiración del plazo fijo pactado, éste no requería acudir ante el juez para terminar el contrato de trabajo. De igual manera se dilucidará si en virtud de lo estatuido en la convención colectiva suscrita entre el empleador y SINTRAVALORES y en aplicación del principio de favorabilidad, debe interpretarse que el demandante tiene un contrato a término indefinido.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2019-00068 -01
Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**
Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES
PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

DEL FUERO SINDICAL.

El fuero sindical es una garantía constitucional consagrada en el artículo 39 Superior y desarrollada en los artículos 405 y 406 del CST.

Sobre esta garantía se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos¹:

“Para definir el contenido y alcance de la protección constitucional que se deriva del artículo 39 de la Carta procede recordar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador, estipulan i) que toda persona tiene derecho a asociarse libremente y a constituir sindicatos en defensa de sus intereses, ii) que, para el efecto, los trabajadores deben gozar de total libertad de elección, iii) que los requisitos para fundar e ingresar a un sindicato solo pueden ser establecidos por la propia organización, iv) que la ley puede establecer restricciones al derecho de asociación sindical en interés de la seguridad nacional y en defensa del orden público, y iv) que los Estados Partes, que a su vez son miembros del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, no pueden adoptar medidas legislativas que menoscaben la libertad sindical y el derecho a la sindicalización (La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, Económicos Sociales y Culturales fueron abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, la Convención Americana de los Derechos Humanos fue adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos reunida en San José el 22 de noviembre de 1969, -Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972 respectivamente.)

La ampliación de la figura del fuero sindical, no tuvo repercusiones tan sólo en punto de la estabilidad laboral de los beneficiados con el mismo, sino también de la categoría de trabajadores que tienen la posibilidad de asociarse en sindicatos. Al incluir el artículo 39 Superior el cuantificador universal “todos” para determinar la categoría de trabajadores pasibles de sindicalización, con las excepciones ya mencionadas, **impuso también la carga a todos los empleadores de someter a calificación judicial la decisión de desmejorar las condiciones laborales o despedir a los miembros aforados del sindicato.**” (Negrillas y subrayas de la Sala)

¹ ST-330/05. H. Sierra

Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES
PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

En igual sentido al del artículo 39 constitucional, la Organización Internacional del Trabajo- O.I.T., como organismo fuente de las normas internacionales del trabajo, ha expuesto en los Convenios 87 y 98:

El artículo 11 del Convenio 87:

“Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”.

Por su parte, los numerales 1 y 2 del artículo 1° del Convenio 98, señalan:

“Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

“Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

- a) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato.
- b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.

Los Convenios referidos en la jurisprudencia de la Corte son objeto de mención, como quiera que la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998, estableció como derechos fundamentales, la libertad de asociación y la libertad sindical, así como la negociación colectiva, razón por la que, tanto el Convenio 87 (ratificado mediante Ley 26 de 1976), como el Convenio 98 (ratificado mediante Ley 27 de 1976), son considerados como fundamentales, y en consecuencia no pueden ser desconocidos por ningún país miembro de la O.I.T., lo que es conteste con lo expuesto en reciente sentencia proferida por la Sala de Casación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2019-00068 -01
Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**
Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES
PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, **SL2543-2020**, donde se dispuso que hacen parte de los ocho convenios fundamentales de la O.I.T., y que por ende tienen carácter prevalente.

Del mismo modo, el numeral 3 del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estipula que:

"Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (sic) a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías."

Se concluye de lo expuesto que, por mandato constitucional, el fuero sindical se reconoce a los representantes sindicales como una garantía necesaria para el cumplimiento de su gestión, por lo que esta institución tiene una especial jerarquía, que ha pasado de ser puramente legal a ser de rango constitucional para proteger la libertad sindical y el derecho de asociación de los trabajadores. Por ello se sostiene que el fuero sindical se reconoce tanto en beneficio del sindicato como del trabajador perteneciente a éste.

Por su parte, el artículo **405** del C.S.T., define al fuero sindical como "*la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo*".

Y el artículo 406 ídem, subrogado por el 57 de la Ley 50 de 1990 y modificado por el 12 de la Ley 584 de 2000, consagra:

"Trabajadores amparados por el fuero sindical. Están amparados por el fuero sindical:

Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES
PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

(...) c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más; (...)"

En cuanto a las **acciones que derivan del fuero sindical**, los artículos 113 y 118 del C.P.T. y de la S.S. consagran las acciones que pueden instaurar empleadores y trabajadores relacionadas con la protección constitucional y legal del fuero sindical. Dicen las normas referidas:

“ARTÍCULO 113, modificado por el artículo 44 de la Ley 712 de 2001. **“DEMANDA DEL EMPLEADOR.** La demanda del empleador tendiente a obtener permiso para despedir a un trabajador amparado por fuero sindical, para desmejorarlo en sus condiciones de trabajo, o para trasladarlo a otro establecimiento de la misma empresa o a un municipio distinto, deberá expresar la justa causa invocada.

Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la inscripción se presume la existencia del fuero sindical.”

“ARTÍCULO 118, modificado por el artículo 48 de la Ley 712 de 2001. **“DEMANDA DEL TRABAJADOR.** La demanda del trabajador amparado por el fuero sindical, que hubiere sido despedido o desmejorado en sus condiciones de trabajo o trasladado sin justa causa previamente calificada por el juez laboral, se tramitará conforme al procedimiento señalado en los artículos 113 y siguientes.

Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la elección, se presume la existencia del fuero del demandante.”

Como se ve, existen dos acciones para garantizar a los trabajadores el fuero sindical: la de levantamiento del fuero sindical y la acción de reintegro, reinstalación o restitución. Cada una se resuelve mediante un procedimiento especial. El primero, a cargo del patrono interesado en obtener del juez laboral el permiso que le permitirá despedir, trasladar o desmejorar las condiciones del trabajador aforado, y el segundo, cuando el trabajador promueve la acción contra el patrono que actuó sin cumplir el anterior requisito.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2019-00068 -01
Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**
Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES
PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

Así las cosas, se puede determinar que primero, el objeto de la solicitud judicial previa al despido, traslado o desmejora en las condiciones de trabajo, es la verificación de la ocurrencia real de la causa alegada y la valoración de su legalidad e ilegalidad. Y segundo, el objeto de la acción de reintegro, reinstalación o restitución es analizar si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial, y si dicho requisito efectivamente se cumplió.

Determinado lo anterior, como estamos en presencia de una demanda presentada por un trabajador con la pretensión de ser reintegrado en sus condiciones de trabajo, al juez laboral sólo le es viable determinar si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

No son objeto de discusión en el proceso los hechos relativos a: **i)** la existencia del contrato de trabajo a término fijo, celebrado entre el demandante y la demanda Jorge Obando Martínez Franco cuya duración inicial fue de seis meses a partir del **01 de abril de 2016**, el cual se extendió hasta el 30 de noviembre de 2021, en el cargo de Tripulante (fls. 22,115 y 116); **ii)** la existencia, al interior de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A., de un pacto colectivo suscrito entre el empleador y algunos de sus trabajadores desde el 20 de diciembre de 2013 (fls. 142 a 151); **iii)** la existencia de una Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A y SINTRAVALORES el **20 de octubre de 2015** (fl.31 a 75); y **vi)** la afiliación del demandante a la organización sindical SINTRAVALORES desde el 09 de enero de 2018, siendo miembro

Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES
PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

de la Comisión Estatutaria de Reclamos desde 08 de octubre de 2018 (fls. 26 a 30)

Pues bien. En virtud de la impugnación presentada se hace necesario recordar que la Convención Colectiva de Trabajo, es fruto de la negociación colectiva, y constituye un acto jurídico de forzoso cumplimiento para las partes que la suscriben. Al respecto, la H. Corte Constitucional, en sentencia C-902 de 2003 señaló:

“Entendida así la convención colectiva, puede decirse que se trata de un acto jurídico de forzoso cumplimiento entre quienes lo suscriben, es decir, entre quienes se encuentra ligados por una relación laboral, so pena de incurrir en responsabilidad por su incumplimiento, según lo dispone el artículo 468 del Código Sustantivo del Trabajo. Esto es, se encuentran obligados tanto el empleador como los trabajadores, como quiera que se trata del cumplimiento de convenios que resultan de una negociación colectiva, en los cuales se establecen las condiciones rectoras de los contratos de trabajo que continúan en cabeza de cada uno de los afiliados hasta la terminación del contrato, evento en el cual desaparece la responsabilidad.”

Ahora bien, la solución a los **debates interpretativos en torno a cláusulas convencionales** depende de cada caso concreto y en consecuencia no puede estar guiada bajo una regla general, automática e irreflexiva. Por ello debe atender a las mismas reglas y cánones de interpretación aplicables a cualquier otra norma de trabajo, como al principio de interpretación, al de indubio pro operario y, por su naturaleza de norma voluntaria, contractual y autorreguladora, al espíritu de las disposiciones y la intención y expectativas de los contratantes, entre otras.

Al respecto, ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que son las partes a quienes les corresponde fijar el sentido y alcance de estos y, desde luego, excepcionalmente, a los jueces laborales, teniendo en cuenta la preceptiva contenida en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S. En aplicación de esa normativa, la Corte ha explicado que cuando una norma de naturaleza convencional permite razonablemente

Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

varias interpretaciones, frente a cualquiera que escoja el juzgador de instancia, no se incurre en yerro alguno (SL4485-2018, y SL953-2019):

“En efecto, esta Sala ha precisado que «la convención colectiva cuenta con un marco de interpretación razonable, que le da autonomía a las partes y al juez para decidir lo más adecuado, de entre varias opciones plausibles», pero que, a la vez, niega la validez de lecturas no aceptables, que «traicionan abiertamente el contexto en el que se producen o que resultan ilógicas, irrazonables y desproporcionadas».

En ese sentido, la apreciación de las convenciones colectivas de trabajo no puede ser plenamente libre o arbitraria para las partes, de manera que conduzca a cualquier resultado, «sino que debe inscribirse dentro de un contexto jurídico y social preciso, al que debe guardar lealtad y con el que debe conjugarse de manera consecuente y armónica, más cuando se trata de la administración de recursos de naturaleza pública» (CSJ SL351-2018).

Sentadas las anteriores premisas, para desatar el asunto puesto en consideración de la Sala, se hace necesario acudir a la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el **20 de octubre de 2015**, entre la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A. y SINTRAVALORES (fl.31 a 75), en la que se dispone lo siguiente:

“Artículo 5°. Contratación de personal: Todos los trabajadores que entren a prestar sus servicios a la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**, tendrán contrato de trabajo con la empresa a término indefinido. La empresa podrá celebrar contratos por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada distinta al giro propio de las actividades de la empresa, para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio”.

“Artículo 69°.Nuevos Trabajadores: A partir de la fecha de vigencia de la presente Convención Colectiva de Trabajo la Empresa podrá celebrar contratos de trabajo a término fijo que se regirán en todos sus aspectos de acuerdo con lo establecido en la ley laboral y en el capítulo especial pactado en la presente Convención Colectiva de Trabajo.

Parágrafo: Las partes han acordado que para el capítulo especial, los trabajadores nuevos con contrato a término fijo, tendrán una indemnización extralegal en caso de terminación del contrato sin justa causa, equivalente a 4 salarios básicos del

Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

empleador sin importar su antigüedad, lo anterior sin perjuicio de la indemnización legal a que hubiere lugar.”

“Artículo 70°.- Aplicación Capítulo Especial. Las cláusulas contenidas en el presente capítulo se aplicaran única y exclusivamente a aquellos trabajadores nuevos vinculados mediante contrato de trabajo en cualquier de sus modalidades con la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A., y que ingresen con posterioridad al 15 de octubre de 2015, que tendrán derecho a afiliarse a SINTRAVALORES o adherirse a la convención colectiva de trabajo vigente.

De igual forma se beneficiaran del presente capítulo especial, todos aquellos trabajadores que en virtud de decisión judicial, administrativa, extensión legal, o por sustitución patronal; le sean ordenados o reconocidos los derechos y beneficios de la convención colectiva de trabajo, cualesquiera sean las razones de hecho o derecho que así lo impongan y la fecha en que se profiera tal decisión.

Parágrafo. En el evento de un trabajador vinculado a la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A., beneficiario del pacto colectivo o del pacto colectivo en su capítulo especial, se afilie a SINTRAVALORES, o se adhiera a la convención colectiva de trabajo, al mismo se le aplicará el régimen que trae, es decir se beneficiara de la convención colectiva o de la convención colectiva en su capítulo especial.

Es decir, si un trabajador beneficiario del pacto colectivo, se afilia a SINTRAVALORES o se adhiere a la convención colectiva, se le aplican los beneficios de la convención colectiva. Si un trabajador beneficiario del capítulo especial del pacto colectivo se afilia a SINTRAVALORES o se adhiere a la convención colectiva, le será aplicable el capítulo especial de la convención colectiva; y en el caso que un trabajador que al 15 de octubre de 2015 no sea beneficiario del pacto colectivo, del capítulo especial del pacto colectivo, o de la convención colectiva de trabajo y se afilie a SINTRAVALORES o se adhiera a la presente convención, le aplicaran los beneficios del capítulo especial de la Convención colectiva de trabajo. Finalmente y en caso de aplicación de la convención colectiva por extensión legal, se aplicará en todo caso a los trabajadores no beneficiados de la convención colectiva o del capítulo especial, por este último capítulo especial.

Por lo expuesto, se ratifica que **este capítulo especial no se aplicará a los trabajadores afiliados a SINTRAVALORES al momento de la firma de la presente convención colectiva de trabajo ya que a estos se les seguirá aplicando la convección colectiva de trabajo vigente en su totalidad sin desmejora alguna desde el Artículo 1°, de esta Convención Colectiva de Trabajo, hasta el Artículo 68° de la misma”** (Negrillas por la Sala).

De lo anteriormente transcrito para la Sala es claro que las mismas partes del conflicto colectivo, en desarrollo del derecho de la negociación colectiva, dieron su propia interpretación de la convención colectiva y delimitaron su entendimiento, por lo que en tal sentido, únicamente podría declararse ineficaz o considerarse leoninas tales cláusulas, si las mismas están en contravía del ordenamiento legal, situación que no acontece como quiera que el empleador puede hacer uso de la contratación de las diferentes modalidades que le otorga la ley, ya sea, a término fijo, indefinido, o de obra o labor.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de abril de 2014, Rad. 54003, reiterada en las sentencias del 19 de octubre de 2016, Rad. 48879, y SL4909-2020, establece que el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley. En ese orden, ha dicho que los empleadores tienen la *«libre prerrogativa de acudir, al contratar laboralmente, a la estructura legal que más le convenga a las particulares circunstancias que afronte...»*.

En igual sentido, no se avizora que exista desigualdad, pues el empleador en todo caso puede hacer del contrato a término indefinido pues en el artículo 69, se establece que el empleador podrá contratar mediante contrato a término fijo, más no de forma alguna que sea la única modalidad contractual que tiene para vincular a su personal. Igualmente, no se denota que se genere un trato discriminatorio para los trabajadores nuevos que en virtud del capítulo especial de la convención colectiva pueden ser contratados a término fijo, pues aunado que las partes del conflicto colectivo acordaron tal situación, lo cierto es que nada impide que el empleador pueda echar mano de tal forma de contratación, pues esta se encuentra dentro del ordenamiento

Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES
PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

legal, por demás que existen factores que distinguen a los trabajadores nuevos y los antiguos que permiten un trato diferencial, tal como, la antigüedad, la experiencia, y los méritos. Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de octubre de 2008, Rad 30474, precisó:

“Con todo, no está de más precisar que, como lo pone de presente la réplica, esta Sala de la Corte, entre muchas otras en la sentencia que por ella se reseña, ha considerado que la antigüedad y la experiencia del trabajador son circunstancias que permiten justificar una diferenciación en el trato salarial, sin que con ello se entienda que existe un proceder discriminatorio”.

Por tanto, para la Sala es claro que en virtud de la negociación colectiva y de la celebración de la convención colectiva, con el capítulo especial de la Convención Colectiva de Trabajo se buscó principalmente, darle la posibilidad al empleador de contratar personal a través de contratos a término fijo, circunstancia que fue la que precisamente acaeció frente al demandante, a quien se le contrató mediante contrato a término fijo, para desempeñar el cargo de Tripulante, el 01 de abril de 2016 (fls.115 y 116).

Así mismo se tiene que el mismo día que suscribió su contrato de trabajo, (1 de abril de 2016), el demandante, adhirió al pacto colectivo (fl.117), por lo que en suma a que era un trabajador nuevo, era beneficiario del pacto colectivo de trabajo y, en consecuencia, y de conformidad con el parágrafo del artículo 70 de la convención colectiva de trabajo, se le debía aplicar el régimen que traía, que no es otro que la modalidad contractual a término fijo.

El anterior entendimiento cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que el demandante se afilió a SINTRAVALORES hasta el 09 de enero de 2018 (fls. 26 a 30), por lo que, en consideración

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2019-00068 -01
Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**
Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES
PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

de la misma normatividad citada, al no ostentar la calidad de trabajador al 15 de octubre de 2015, le resultaban aplicables los beneficios del capítulo especial de la Convención colectiva de trabajo.

Aunado a ello, la misma normatividad señala que este capítulo especial no se aplica a los trabajadores afiliados a SINTRAVALORES al momento de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, ya que, a éstos se les seguirá aplicando la convección colectiva de trabajo vigente en su totalidad sin desmejora alguna **“desde el Artículo 1°, de esta Convención Colectiva de Trabajo, hasta el Artículo 68° de la misma”**; de modo que, son los trabajadores nuevos por expresa remisión de tal normatividad a quienes no se les puede aplicar los artículos 1 a 68 de la Convención Colectiva de Trabajo, lo que de suyo incluye el artículo 5°; que es el que anhela el demandante le sea aplicado pues este, se reitera, ingresó hasta el 01 de abril de 2016.

Con base en lo expuesto, la Sala estima que la única interpretación válida frente a la Convención Colectiva de Trabajo, fue la que la misma organización sindical y el empleador dejaron plasmada en dicho acuerdo, por lo que no resulta plausible acudir al principio de favorabilidad, pues no existen dos o más normas que sean aplicables al caso, sólo una, en virtud de lo acordado por las mismas partes del conflicto colectivo, en donde se señalen qué casos se aplicaba el artículo 5° convencional y en cuáles el capítulo especial, en relación con la modalidad contractual para las personas que ingresen a prestar sus servicios a favor de la demandada.

Así las cosas, **se considera acertada la decisión del A Quo de tener el contrato como a término fijo.**

Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

Ahora bien, en cuanto a la terminación de contratos de trabajo a término fijo cuando un trabajador está amparado por fuero sindical, es preciso señalar que la jurisprudencia tanto de la H. Corte Constitucional como de la H. Corte Suprema de Justicia, ha estado encaminada a establecer que no es necesario efectuar el levantamiento de su fuero sindical por cuanto no se trata de un despido. En efecto, la H. Corte Constitucional en sentencias T-1334 de 2001, T-326 de 2002, T-116 de 2009, T-162 de 2009, sostuvo tal postura; en la última sentencia reseñada estableció:

“6.3. De lo afirmado se desprende que es de la esencia de la protección foral la previa autorización judicial para “despedir” al trabajador aforado. El juez debe comprobar si existe o no una justa causa y por consiguiente autoriza o no el despido, traslado o desmejora. De modo, que la previa autorización judicial para el despido del trabajador con fuero sindical es una exigencia legal y su desconocimiento afecta el debido proceso y los derechos de asociación, libertad y fuero sindical. Lo anterior, por cuanto el patrono no puede definir motu proprio el despido, traslado o desmejora de quien goza de fuero sindical, ni calificar la causa. Se impone, por consiguiente, la necesidad de previa calificación judicial.

“6.4. No obstante lo anterior, es de resaltar que el artículo 411 del CST 2 , señala los casos en que la terminación del contrato procede, sin previa calificación judicial, así:

“La terminación del contrato de trabajo por la realización de la obra contratada, por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio, por mutuo consentimiento, o por sentencia de autoridad competente, no requiere previa calificación judicial en ningún caso. (...)

“7.3. Al acordar las partes la modalidad contractual de duración definida, en la terminación del vínculo debía observarse lo dispuesto por el artículo 46 del CST, esto es, dar aviso a los actores de la no continuidad de su contrato a término fijo, lo que en efecto ocurrió con la antelación exigida por la ley y por escrito. Como sustento de la decisión se invoca el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, mediante el cual al resolver la acción T -003 del 24 de enero de 1992, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se dijo: “...Fuero Sindical. No ampara a trabajadores vinculados por contrato a término fijo. Esa apreciación en sentir de la Corte, es de índole jurídica y además se aviene con la jurisprudencia de esta Sala, al considerar de vieja data que el reintegro en los contratos a término fijo no es posible, ya que estos por ministerio de la ley pueden darse por terminados por parte del empleador al fenecer el respectivo periodo con el lleno de las formalidades de ley...”

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2019-00068 -01
Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**
Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES
PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

En igual sentido, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en sentencia del 25 de marzo del 2009, Rad. 34142, estableció:

“En tratándose de contratos a término fijo, la garantía de estabilidad laboral que se le brinda al trabajador con fuero sindical, no puede extenderse más allá del vencimiento del plazo fijo pactado, pues si lo que prohíbe el legislador es el despido, tal supuesto fáctico no se transgrede, cuando la terminación del contrato se produce por uno de los modos establecidos legalmente, como sucede con el fenecimiento de la relación laboral por cumplirse el plazo que, por consenso, acordaron las partes. En efecto, todas las garantías que se derivan del fuero sindical, deben ser acatadas y respetadas por los empleadores durante el término de vigencia del contrato, cuando de nexos contractuales por periodo fijo se trate. De ahí, que no se requiera autorización judicial para dar por terminado un nexo contractual laboral a término fijo, en el evento de ostentar el trabajador la garantía que se deriva del fuero sindical. En las condiciones que anteceden, el empleador no está obligado a renovar el contrato de trabajo con plazo determinado, respecto de los trabajadores aforados, cuando previamente y dentro de los términos previstos en la ley, ha informado de su intención de no prorrogarlo, sin que esa circunstancia implique violación alguna al derecho de negociación colectiva, pues la figura de los suplentes en los órganos de dirección de las organizaciones sindicales, tiene como propósito el reemplazo de los titulares ante sus faltas temporales o definitivas.”

Así mismo, en diversos pronunciamientos de tutela de la H. Corte Suprema de Justicia, tal postura ha sido objeto de respaldo, como se aprecia en las sentencias STP8878-2021, STL12064-2020, STL6790-2020, por mencionar algunas.

Por tanto, y dado que la vinculación del accionante fue a término fijo, considera la Sala que una vez se dio el vencimiento del plazo pactado, era dable dar terminación al contrato de trabajo, tal y como ocurrió en el asunto de marras, pues como quedó visto, la relación laboral de las partes se extendió hasta el 30 de noviembre de 2018, y finalizó como consecuencia de tal causa legal de terminación.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**

Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES
PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

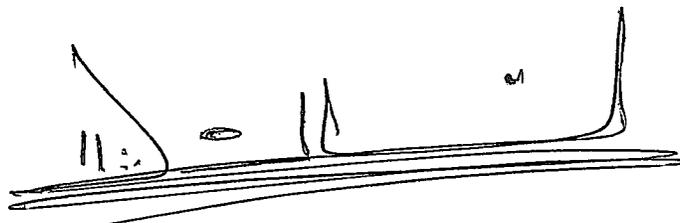
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2019-00068 -01
Demandante: **JORGE OBANDO MARTÍNEZ FRANCO.**
Demandado: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES
PROSEGUIR DE COLOMBIA S.A.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 004

AUTO

Téngase como apoderada sustituta de Colpensiones a la doctora Belcy Bautista Fonseca, identificada con CC No. 1.020.748.898 y TP No. 205.907 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la respectiva sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de esta entidad, la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, el 06 de mayo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **JAIME FELIPE RUBIO TORRES** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -**

**COLPENSIONES Y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), a través de la AFP Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos.

Así mismo, se condene a Colpensiones a activar la afiliación del demandante.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fl. 94 a 148 Archivo 2019-713), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar

que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. (Fl. 172 a Archivo 2019-713), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó 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 y seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia condenatoria, declarando la **ineficacia** del traslado del demandante al RAIS efectuado el 21 de enero del 2000 a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A.. En consecuencia, le ordenó a Protección S.A. devolver a Colpensiones la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones, junto con los rendimientos financieros causados; además, declaró a Colpensiones como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez o muerte.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, argumentó que, para el año 2009, cuando decide retornar al RPM el demandante ya contaba con 57 años, encontrándose dentro de la prohibición descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Expuso que, en este caso se encuentra frente a un error sobre un punto de derecho, el cual no tiene fuerza para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y Protección S.A., por no tratarse de un error de nulidad, el cual, por esencia, afecta la validez del acto, máxime cuando el actor indicó que no se presentó ningún tipo de presión para efectuar la vinculación, además de que permaneció por más de 20 años afiliado al RAIS.

Indicó que, si bien la AFP debió informar de manera suficiente al afiliado, ello no lo exoneraba de incurrir en la ilustración de escogencia de su régimen de pensión, teniendo en cuenta que el demandante es un profesional del derecho, quien conocía que el negocio jurídico que estaba celebrando dependía de sus expectativas económicas y del plazo para acceder a la prestación de vejez, además de que al momento del traslado era una persona mayor de edad y plenamente capaz y, atendiendo su profesión no puede considerarse como un afiliado lego y mucho menos alegar el desconocimiento de la norma para su propio beneficio.

En caso de que se confirme la sentencia, solicita se condicione su cumplimiento, por parte de Colpensiones, previo el cumplimiento de la devolución de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, así como los gastos de administración, rendimientos financieros, bonos pensionales y demás, debidamente indexadas.

Finalmente, solicitó se le exonere de la condena en costas, ya que esa entidad no participó en el acto de afiliación, el cual se presume ineficaz, siendo un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos personas.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 9 de septiembre de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el (la) apoderado (a) de Colpensiones, quien reiteró sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradoras de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia

y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones 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 1.0 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 V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, 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 pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.(...)”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos,

desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, expuso:

“(…) 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 a 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.”

f) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es la **ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado**

demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“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 1) 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»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día

09/06/1982 (fl 61 - archivo 2019-713 y carpeta expediente administrativo); **ii)** que estuvo afiliado a Cajanal del 22/01/1986 al 10/12/1992 (fl. 48 Archivo 2019-713); **iii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 21/01/2000 a través de la A.F.P Colmena (hoy Protección S.A) (fl 28 y 201 Archivo 2019-713); y **vi)** el día 22/07/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 21 Archivo 2019-713)

Pues bien, a folios 28 y 201 del archivo 2019-713 del expediente digital se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió 21/01/2000 con la AFP Colmena (hoy Protección S.A.), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la él, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se

¹Según los cuales *"la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado."* SL 4426-2019 Radicación No. 79167

encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Frente al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que el afiliado no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Protección S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindo la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

Ahora bien, si bien es cierto que el afiliado tenía la obligación de informarse, pues al ser un consumidor financiero no solamente tiene derechos sino también deberes, esto no supe la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, ello sin importar la profesión que ostente el afiliado.

En lo relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado, expuesto por la AFP encartada en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el a quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de

información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PROTECCIÓN S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor Rubio Torres en el traslado que este realizó en el mes de enero del 2000, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones- sin que para el efecto el formulario de afiliación de fls 28 y 201, tenga alcance alguno y sin que sea necesario que el accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que el actor demuestre su existencia.

Así, conforme las razones expuestas en precedencia, y pese a que COLPENSIONES no participó en el acto de traslado, se encuentra obligada a recibir al demandante, pudiendo en todo caso efectuar las acciones que considere con ocasión del actuar ineficaz del fondo privado, por las razones antes expuestas. Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el a quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, Protección S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus

rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia del A Quo, en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece: (...)

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, 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.

[...]. 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.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

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

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

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren 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 C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que se adjudican al 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.

En cuanto a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“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”*.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, al no salir avante su recurso.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

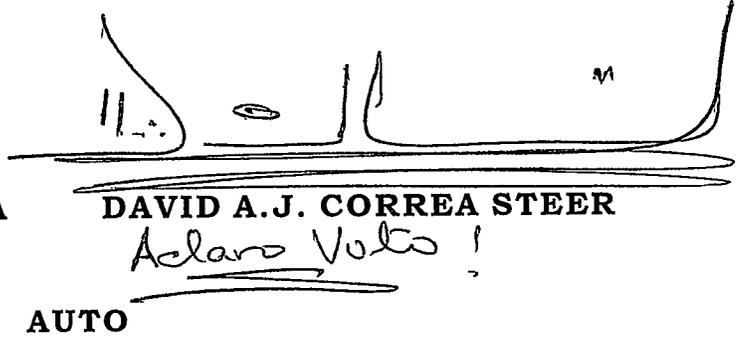
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!
AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000
a cargo de COLPENSIONES.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 004

AUTO

Tener como apoderada sustituta de Colpensiones al Dr. Nicolás Ramírez Muñoz, identificado con C.C. No. 1.018.463.893 y T.P. No. 302.039 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR Y COLPENSIONES y a estudiar en Grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de abril de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA GABRIELA MORENO MIRANDA** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen y su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (Fl. 223 a 264 Archivo 2019-181), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones

administradoras de seguridad social del orden público y la innominada.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Fl. 308 a Archivo 2019-181), contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, declarando que la mayoría de los hechos no le constaban o no eran ciertos, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** del traslado realizado por la demandante al RAIS administrado Porvenir S.A., el día 10 de junio de 1999. Ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, y a esta última a recibir dichos dineros y efectuar los ajustes en la historia laboral de la actora.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., señaló que debe respetarse la voluntad del demandante, la cual se encuentra plasmada en el formulario de afiliación, al cual debe dársele el valor probatorio que se merece, pues dicho documento fue suscrito por la actora de manera libre y voluntaria y prueba los requisitos vigentes al momento del traslado, ya que para esa fecha la única prueba que debe ser exigible es el formulario de afiliación.

Precisó que la actora permaneció afiliada al RAIS y su voluntad de permanecer allí se manifestó con los aportes por ella generados, así mismo, dijo que debe tenerse en cuenta que los afiliados son considerados consumidores financieros por lo que no puede descargarse totalmente el deber de información en

las AFP, ya que este también recae en la afiliada quien es conocedora de su caso particular, debiendo actuar con una mediana diligencia, máxime cuando, conforme el artículo 9 del Código Civil, el desconocimiento de la ley no es excusa o pretexto para solicitar la existencia de vicios del consentimiento.

Expuso que la demandante desea el traslado al RPM debido al valor de la mesada pensional a obtener en dicho régimen, sin embargo, ello no es considerado un elemento para viciar su voluntad y menos solamente con señalar que el fondo incumplió con ese deber de información.

Indicó que, en caso de confirmarse la sentencia de primer grado, se le absuelva de la condena a devolver los gastos de administración, por cuanto estos tienen, por mandato legal, una destinación específica que en este caso se cumplió plenamente durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada al RAIS, de tal forma que estas sumas ya fueron invertidas en la forma exigida y no se encuentran en poder de Porvenir S.A., lo cual se ve reflejado en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Adicionalmente, dijo, lo anterior no corresponde con las normas que gobiernan las restituciones mutuas, esto es que la persona a la cual se le ordena restituir un bien, en este caso las sumas de dinero de la cuenta de ahorro individual, igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantenerse bien e incrementar el cumplimiento de los mandatos legales, siendo claro que estas sumas por gastos de administración ya se usaron o extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo, el cual era manejar los fondos y las cuentas individuales de los afiliados, sin que sea justo que la AFP también deba restituir lo de la cuenta de ahorros y adicionalmente los gastos de administración, que por mandato legal fueron usados para generar los rendimientos de los afiliados, los que se ven reflejados en la cuenta de ahorro individual.

COLPENSIONES, señaló que se aparta de los argumentos del despacho en cuanto al término prescriptivo señalado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ya que el fin de este término no es prescribir o extinguir derechos pensionales, sino salvaguardar la salud financiera de los regímenes pensionales.

Indicó que, no se analizó el papel que cumple Colpensiones en este tipo de procesos y en tal sentido, aplicar el precedente de la Corte Suprema de Justicia se distancia de toda realidad jurídica, como es la esencia de la nulidad o ineficacia de traslado por falta del deber de información, que no se pudo demostrar en este proceso, ya que fue confesado por la demandante que el impulso que le quiere dar a este proceso tiene que ver con el incremento de su mesada pensional y esto no se puede refutar como una falta al deber de información.

Precisó que Colpensiones no puede responder por actos jurídicos celebrados por terceros, ya que este tipo de fallos afectan la salud financiera del sistema público de pensiones.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que

establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen

consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones 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 1.0 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 V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, 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 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. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	---	--

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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. (...)"

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar

el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido

estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.
(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos. (...)"

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

"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 1) 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»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado en su momento por CAPRECUNDI del 26/02/1990 al 25/02/1991 (fl. 17 Archivo 2019-181); **ii)** el 05/05/1996 se afilió a Colpensiones (Archivo expediente administrativo); **iii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 10/06/1999 a través de la A.F.P Porvenir S.A. (fl 38 y 333 Archivo 2019-181); y **iv)** el día 31/05/2018 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. y en el mismo sentido elevó petición ante Porvenir S.A. (fls. 39 y 20 Archivo 2019-181)

Pues bien, a folios 38 y 333 del Archivo 2019-181 del expediente digital se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 10/06/1999 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, argumenta Porvenir S.A. en su apelación que el formulario de afiliación prueba los requisitos que se encontraban vigentes para el momento del traslado de la demandante, sin embargo, en este casos como el que hoy nos ocupa, lo que se requiere es demostrar el cumplimiento del deber de información, lo cual no acontece con tal documento, pues tal

¹Según los cuales "la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado." SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

y como lo dice la jurisprudencia antes citada dicho documento prueba, a lo sumo, un consentimiento, pero no informado, por ello, no es dable tenerse por cumplido el deber de información con tal documento.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 10 de junio del año 1999.

En cuanto al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Porvenir S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

Ahora bien, si bien es cierto la ignorancia de la ley no sirve de excusa, tal y como lo expuso Porvenir S.A. al momento de presentar su apelación, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, lo que tampoco se suple con el hecho de que el afiliado tenía la obligación de informarse, al ser este un consumidor financiero.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado expuesto por Porvenir S.A. en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de

régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Camargo Fonseca en el traslado que esta realizó en el mes de agosto de 1998, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones, sin que sea necesario que la accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que la actora demuestre su existencia.

Así, conforme las razones expuestas en precedencia, y pese a que COLPENSIONES no participó en el acto de traslado, se encuentra obligada a recibir al demandante, pudiendo en todo caso efectuar las acciones que considere con ocasión del actuar ineficaz del fondo privado, por las razones antes expuestas. Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia del A Quo, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece: (...)

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en

consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, 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.

[...]. 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.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

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

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

Igualmente, frente al argumento presentado por Colpensiones en su recurso, debe advertirse que la presente

decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren 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 C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que se adjudican a 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.

En cuanto a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“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”*.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, al haberse resuelto desfavorablemente los recursos presentados.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.**, la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

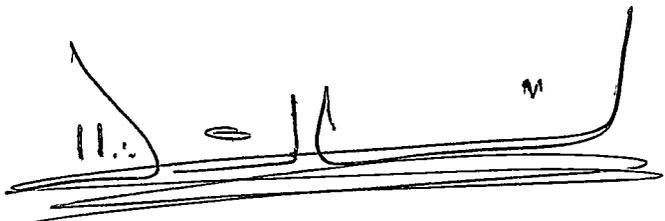
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Adelante Voto!

AUTO 

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas condenadas en costas, esto es PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

Teniendo en cuenta que la ponencia presentada dentro del presente asunto por el Magistrado DAVID A.J. CORREA STEER fue derrotada, atendiendo el reparto efectuado a este despacho del presente asunto el 1° de abril del 2022, de conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de mayo de 2021, así como el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta entidad, dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ VICENTE GUZMÁN MONTAÑA** promoviese contra **COLPENSIONES**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que el demandante es beneficiario del régimen de transición, teniendo como tasa de reemplazo el 90% del IBL, ello a partir del 15 de junio de 2014, con su correspondiente retroactivo e indexación.

2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Nació el 15 de junio de 1954; **2)** Laboró para los siguientes empleadores: i) Banco de Comercio llamado luego Banco Santander, del 25/06/1975 al 22/06/1980, ii) Isis Ltda, del 22/12/1980 al 15/05/1981, iii) Atempí desde el 06/10/1981 al 01/11/1981, iv) con la señora María Aubrey Ortegón del 01/05/2010 hasta el 31/03/2016, v) con el Ministerio de Salud del 05/08/1982 al 30/09/1993; **3)** Al mes de febrero de 2019, registró un total de 1.119 semanas, sobre la cuales se le requirió para que exigiera aportes no pagados por su última empleadora; **4)** El informe de Colpensiones con corte a 23 de enero del 2020 consolida 1.110,58 semanas, siendo inferior e incoherente con el reporte del año 2019; **5)** Ha cotizado más de 1.200 semanas que deben registrarse en el sistema; **6)** Al 1° de abril de 1993 acreditó 816 semanas.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

COLPENSIONES (Carpeta contestación Colpensiones) se opuso a las pretensiones de la demanda, tras indicar que la mayoría de los hechos no le constaban, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, imposibilidad de reconocer el

derecho pensional, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica.

Expuso que al demandante nació el 15 de julio de 1954 y a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 39 años y 237.58 semanas cotizadas únicamente al ISS, por lo que no es beneficiario del régimen de transición y por ende no se le puede reconocer el derecho prestacional bajo el Decreto 758 de 1990.

Indicó que, si bien las entidades administradoras de los fondos pensionales tienen la facultad de realizar el cobro coactivo de los aportes pensionales impagados por el empleador, también lo es que, conforme los mandatos de la jurisprudencia laboral, los jueces pueden ordenar el pago de los aportes de pensión en mora, aunque estos no hayan sido tema de debate jurídico, por ello, debe el despacho, antes de condenar a Colpensiones por allanamiento a la mora, integrar el contradictorio con el empleador moroso, pues es el evento oportuno para que la administradora del régimen de prima media, con fundamento en una sentencia judicial efectúe el cobro coactivo de los aportes impagados al demandante.

Finalizó señalando que la empleadora María Aubrey Ortegón Rubio realizó el respectivo cálculo actuarial, y las semanas ya se encuentran reportadas en la historia laboral, por lo que el demandante no cumple con las semanas exigidas por la ley.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante la providencia del 26 de mayo de 2021, dictando **sentencia condenatoria**, en la cual condenó a Colpensiones a reconocer al demandante la pensión de vejez con fecha de causación a partir del 1° de abril del 2016 en cuantía inicial de \$802.389, pero el pago de las mesadas pensionales se hará a partir del 8 de julio del 2017 en razón a la prescripción parcial declarada, prestación que ordenó pagar

sobre 13 mesadas anuales, con los ajustes anuales legales respectivos y cuyo retroactivo se indexará desde su exigibilidad hasta el momento de su pago efectivo.

Así mismo, autorizó a Colpensiones a efectuar los correspondientes descuentos en salud, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y declaró no probadas las demás excepciones propuestas.

Como fundamento de su decisión adujo, en síntesis, en que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que para causar la pensión por vejez contemplada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 era indispensable reunir la densidad de semanas de cotizaciones, únicamente con semanas efectivamente cotizadas al ISS, sin embargo, dicha Corporación cambió su criterio mediante sentencia SL 1947 del 2020, con la cual, permitió a los beneficiarios del régimen de transición contabilizar los tiempos laborados en el sector público sufragado o no a una caja o fondo o entidad de previsión social para efectos del reconocimiento de su prestación económica.

Para el caso concreto dijo, conforme se desprende del reporte de semanas cotizadas expedido por la demandada, se acredita que el demandante, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es 1° de abril de 1994, contaba con 817.86 semanas de cotización al sistema, lo que corresponde a un tiempo de 15 años, 10 meses y 25 días, siendo claro que es beneficiario del régimen de transición, sin embargo, el mismo fue limitado por el Acto Legislativo 01 del 2005, donde se contempló que dicha transición tendría vigencia, en principio hasta el 31 de julio de 2010, salvo si para el momento en que entró a regir la reforma constitucional, esto es 22 de julio de 2005, el afiliado contase con más de 750 semanas de cotización, excepción que permite extender el régimen de transición hasta el 2014, siendo evidente que el demandante puede extender su régimen de transición hasta el 31 de julio de 2014.

Señaló que, conforme lo anterior, era procedente estudiar el reconocimiento pensional de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, encontrando que el demandante cumple con el requisito de edad y también el de semanas, ya que para el 15 de julio de 2014 ya contaba con 1.034,29 semanas cotizadas, causando la prestación económica con antelación al límite máximo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005 para acceder a la transición, prestación que debe ser liquidada conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por ello, efectuadas las operaciones del caso se tiene que la mesada inicial corresponde a la suma de \$802.389, ordenándose reconocer a partir del 1° de abril del 2016, ya que la última cotización efectuada al sistema lo fue el 31 de marzo de dicha anualidad y se reconocerá por 13 mesadas al año, como quiera que adquirió el derecho con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Frente a la excepción de prescripción, indicó que el demandante efectuó reclamación administrativa y mediante Resolución GNR 152558 le resuelven la primera petición, en contra de tal resolución se impetró el recurso de reposición, el cual fue resuelto con Resolución GNR 306549 del 6 de octubre de 2015, en cuyo artículo segundo se manifiesta claramente que queda agotada la vía gubernativa, lo que significa que a partir de allí podía acudir a la jurisdicción, en tal sentido la fecha para contabilizar los términos de prescripción inició el 6 de octubre de 2015 y la demanda se interpone el 8 de julio del 2020 y en tal sentido, es evidente que transcurrió el trienio establecido en la norma, por lo que declara probada parcialmente la excepción de prescripción.

IV. APELACIÓN.

COLPENSIONES

Solicitó se revoque la sentencia, teniendo en cuenta que el reconocimiento pensional del demandante deberá ser reconocido bajo la Ley 71 de 1988, pues el demandante cumplió con el

Código Único de Identificación: 11001310502320200022101

Demandante: JOSÉ VICENTE GUZMAN MONTAÑA

Demandado: COLPENSIONES

requisito de edad y semanas cotizadas tanto en el sector público como en el privado, por lo que debe darse aplicación al IBL del 75%, ello como quiera que no es viable en este caso reconocer la pensión bajo el Decreto 758 de 1990, ya que no es procedente dar aplicación a lo manifestado en la sentencia SL 1947 del 2020, en cuanto a sumar semanas cotizadas tanto en el sector público como en el privado, ya que el demandante cumple con requisitos de otro régimen pensional al cual deberá darse aplicación.

Indicó que, el demandante no acreditó las 500 semanas cotizadas exclusivamente al histórico de pensiones dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, es decir, entre el 15 de julio de 1994 y el mismo día y mes del 2014, ya que únicamente acreditó 215 semanas y tampoco acreditó las 1.000 sen cualquier tiempo, toda vez que tenía cotizadas 541 semanas con Colpensiones, por lo que no le es aplicable el Decreto 758 de 1990.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, el presente asunto fue asignado inicialmente al despacho del Magistrado David A.J. Correa Steer, mediante reparto efectuado el 24 de julio del 2021, sin embargo, mediante auto del 28 de febrero del año en curso, dispuso pasar el expediente a la Magistrada que sigue en turno, como quiera que la ponencia que fuere presentada por él dentro de este asunto fuera derrotada.

Repartido nuevamente el asunto de la referencia el día 1° de abril del 2022, las diligencias fueron ingresadas al despacho, observando que no existe nulidad que invalide lo actuado, por ello, en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que

establece la Consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala tendrá como **problema jurídico** verificar si es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez pretendida por el demandante, computando para ello todos los tiempos de servicio cotizados, tanto públicos como cotizados al ISS, en aras a obtener el reconocimiento de la prestación bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, con una tasa de reemplazo del 90%.

DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y LA PENSIÓN DE VEJEZ.

Sea lo primero recordar que el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición, señalando que frente a las pensiones gobernadas por regímenes anteriores a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, únicamente es dable acudir a ellas, en lo atinente a los requisitos de edad, tiempo o número de semanas cotizadas, y monto, por lo que, las demás situaciones quedaron reguladas por la Ley 100 de 1993.

Dicho régimen de transición encontró una limitante en el parágrafo transitorio 4 del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política. En dicha norma se estableció:

"Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Demandante: JOSÉ VICENTE GUZMAN MONTAÑA

Demandado: COLPENSIONES

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

Ahora bien, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establecía los requisitos que debían cumplir los afiliados para pensionarse bajo dicha norma, la cual establece:

"Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo."

En cuanto al ingreso base de liquidación o I.B.L., conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en antecedencia citado, se tiene que este no es uno de los elementos a los que se puede acudir del régimen anterior, de manera que debe ser calculado teniendo en cuenta lo que al respecto dispone la Ley 100 de 1993 y la normatividad que la reglamenta.

Bajo tal entendimiento, se debe calcular el ingreso base de liquidación a las personas que son beneficiarias del régimen de transición, así: a quienes le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el ingreso se establecerá con el promedio de lo devengado en el tiempo que les hacía falta para pensionarse o el cotizado durante todo el tiempo laboral si este fuere superior, mientras que a quienes le faltaban más de diez años para adquirir el derecho a la misma fecha, dicho ingreso corresponde a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de su pensión o el promedio del ingreso base calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si éste fuera más favorable, siempre que haya cotizado 1250 semanas; criterio que ha sido expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte

Suprema de Justicia, en sentencias como la del 15 de febrero de 2011, Rad. **43336**, 08 de mayo de 2013, Rad. **42529**, y 06 de abril de 2016, Rad. **51152**; que además ha sido acogido por la H. Corte Constitucional en sentencia **SU-230 de 2015**.

Sobre el tema puesto a consideración de la Sala, debe decirse que la línea de pensamiento del Órgano de Cierre de esta jurisdicción estuvo asentada por varios años, en el entendido de que no era posible sumar los tiempos públicos no aportados al ISS con las cotizaciones efectivamente efectuadas al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, a efectos de acceder al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. (Ver CSJ SL032-2018, reiterada en la CSJ SL1652-2018).

No obstante, dicha postura recientemente fue abandonada por el órgano de Cierre de esta Jurisdicción, y a través de un nuevo análisis dispuso el actual criterio que permite computar tiempos públicos con lo cotizado al ISS, para efectos de establecer la causación del derecho pensional con base en el citado artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

El argumento de tal postura se fundamenta, básicamente, en que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 habilitó la posibilidad de proteger a todas aquellas personas que al 1° de abril de 1994 tuvieran una expectativa legítima para pensionarse conforme a un régimen anterior, aplicando de dicha normativa lo que tiene que ver con los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y tasa de reemplazo; pero lo relacionado con la forma de computar las semanas se regula por lo establecido en el literal f) del artículo 13, parágrafo 1° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos últimos no hubiesen sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

Al respecto, la providencia CSJ **SL1947-2020 rad. 70918**, reiterada en la CJ **SL1981-2020**, expuso lo siguiente:

“De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

[...] En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

[...] Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens*.” (Subrayado fuera del texto).

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso

- i) José Vicente Guzmán Montaña nació el 15 de julio de 1954, tal y como da cuenta la cédula de ciudadanía obrante a folio 3 del archivo “anexo número uno” (Carpeta subsanación demanda);
- ii) Cotizó 541.14 semanas al ISS hoy Colpensiones, conforme reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado al 25 de enero del 2021 (Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1906-20210125080707.PDF – carpeta contestación Colpensiones);
- iii) Presenta tiempos públicos no cotizados a Colpensiones del 05/08/1982 al 30/09/1993 por un total de 569.42 semanas (Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1906-20210125080707.PDF – carpeta contestación Colpensiones);
- iv) Mediante Resolución GNR 152558 del 25/05/2015 le fue negado el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones (folios 4 a 7 del archivo “anexo número uno” Carpeta subsanación demanda y GRF-AAT-RP-2015_4962170-20150602043313.pdf Carpeta contestación Colpensiones);
- v) Por Resolución GNR 306549 del 06 de octubre de 2015, se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución GNR 152558, confirmándola (GRF-AAT-RP-2015_5454988-20151006075634.pdf Carpeta contestación Colpensiones);

Descendiendo al caso bajo estudio, a efectos de resolver el problema jurídico planteado, teniendo claro que, pese a que al 1° de abril de 1994, el demandante tenía 39 años, 8 meses, y 14 días, (folio 3 del archivo “anexo número uno” (Carpeta subsanación demanda) , por lo que no cumplía con el requisito de edad para ser beneficiario de régimen de transición, lo cierto es que conforme el reporte de semanas cotizadas allegado por la accionada, actualizado al 25 de enero del 2021 (Archivo GRP-

SCH-HL-66554443332211_1906-20210125080707.PDF – carpeta contestación Colpensiones), lo cierto es que, para dicha data, sí cumplía con los 15 años o más de servicios o tiempos cotizados, ya que acreditó un total de 807 semanas, que equivalen a algo más de 15 años de servicios cotizados, cumpliendo con ello el requisito establecido en la norma citada, siendo entonces beneficiario del régimen de transición consagrado en esta, razón por la que la edad, el tiempo de servicios o las semanas cotizadas, y el monto de la pensión a que pueda tener derecho son los contemplados en el régimen anterior al que venía afiliado.

Así las cosas, y, conforme los argumentos expuestos por Colpensiones en su apelación, procede la Sala a verificar si el demandante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo la égida de la Ley 71 de 1988, tal y como lo solicita la demandada o, si cumple con aquellos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990.

Al punto ha de indicarse que las anteriores exigencias, conforme lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política de 1991, debían cumplirse antes del 31 de julio de 2010 y en caso de que el afiliado no hubiese cumplido requisitos para pensionarse, excepcionalmente se le otorga la posibilidad de extenderle el régimen de transición hasta diciembre del año 2014, siempre y cuando tuviese cotizadas 750 semanas a 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, lo que en el caso presente aconteció, si se tiene en cuenta que para tal calenda contaba con 807 semanas cotizadas¹, por lo que cumple con las condiciones para que el régimen de transición, del que es beneficiario, se le extendiera hasta diciembre de 2014.

Dicho lo anterior, el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 establece que hay lugar al reconocimiento de una pensión por aportes cuando se acrediten 20 años de aportes y siendo hombre se

¹ Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1906-20210125080707.PDF – carpeta contestación Colpensiones

Demandante: JOSÉ VICENTE GUZMAN MONTAÑA

Demandado: COLPENSIONES

cumpla 60 años de edad. Pues bien, se tiene que el actor acreditó la edad de 60 años el 15 de julio de 2014 y para el 31 de diciembre del mismo año, fecha límite para el cumplimiento de los requisitos exigidos para la prestación de vejez, acumuló un total de 1.046,26 semanas cotizadas, lo que equivale a 20.34 años, con lo que el demandante cumple con los requisitos de la norma en cita.

En cuanto al Acuerdo 049 de 1990, su artículo 12 dispone que para reconocer la pensión de vejez se debe, siendo hombre, acreditar 60 o más años de edad y un mínimo de 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, o un total de 1.000; así, se reitera que el 15 de julio de 2014 el actor cumplió los 60 años de edad y, si bien no acredita las 500 semanas cotizadas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es del 15 de julio del 1994 al mismo día y mes del 2014, sí acredita las 1.000 semanas en cualquier tiempo, conforme el reporte de semanas cotizadas arrojado por Colpensiones². Ello teniendo en cuenta las sentencias citadas en la parte motiva de esta decisión, conforme las cuales, y siguiendo el nuevo criterio del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, resulta posible la liquidación de la pensión bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta todos los períodos y tiempos de servicios cotizados a otras cajas de previsión, con lo que, aplicando lo dispuesto en el artículo 20 de la mentada norma la cuantía básica de la pensión de vejez era del 45%, la cual se incrementaría en un 3% por cada 50 semanas de cotización que el afiliado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras 500 semanas.

Ahora bien, como quiera que el actor cumple con los requisitos para acceder a la prestación de vejez bajo los lineamientos de la Ley 71 de 1988 y del Acuerdo 049 de 1990, ha de verificarse cuál de las dos normas le resulta más beneficiosa

² Ibidem

Así las cosas, frente al valor de la pensión, para las personas que les faltaren más de 10 años para adquirir el derecho, la norma a aplicar es el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, para obtener el IBL, de conformidad con la pacífica jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, tal y como fue reiterado en sentencia con radicación No. 44238 del 15 de febrero del 2011 M.P. Dr. Francisco Javier Ricaute Gómez.

En consecuencia, el IBL corresponde a lo cotizado en los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, lo cual, conforme las operaciones aritméticas del caso corresponde a la suma de \$913.528,03³.

Ahora bien, el porcentaje de la pensión, resulta ser diferente para cada una de las normas en mención, ya que el Decreto Reglamentario 2709 del 1994 determina el porcentaje sobre el que se liquida la pensión por aportes de la Ley 71 de 1988 y este corresponde al 75% del IBL antes calculado, mientras que el Acuerdo 049 de 1990 en su artículo 20 numeral 2 establece que la cuantía básica será del 45% del IBL, con aumentos equivalentes al 3% por cada 50 semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras 500 semanas de cotización, sin superar el 90%, y en el caso del demandante ello corresponde al 81%.

Así las cosas, conforme la liquidación anexa, se tienen los siguientes valores:

- Dando aplicación a la Ley 71 de 1988, tomando como IBL la suma de \$913.528,03, al aplicarle el porcentaje del 75%, arroja como primera mesada pensional la suma de \$685.146,02; y

³ Ver liquidación anexa.

- Aplicando el Acuerdo 049 de 1990, conforme el IBL antes indicado y aplicando un porcentaje del 81%, se tiene como primera mesada pensional la suma de \$739.957,70.

Conforme lo antes expuesto, resulta más beneficioso para el accionante el reconocimiento de su prestación pensional bajo los derroteros del Acuerdo 049 de 1990.

Ahora bien, atendiendo los cálculos efectuados y, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, encuentra la Sala que el fallo de primer grado debe ser **MODIFICADO** en el sentido de disponer que el valor de la primera mesada pensional es la suma de **\$739.957,70** y no la que se indicó que la providencia apelada.

De otro lado, teniendo en cuenta que la prestación pensional del actor quedó causada con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, atendiendo lo dispuesto en el inciso 8° del acto legislativo en mención, razón le asiste al juzgador de primer grado al ordenar el pago de 13 mesadas pensionales al año.

PRESCRIPCIÓN.

En el plenario se tiene que el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el 17 de diciembre de 2014 (Archivo GEN-RES-CO-2014_10505046-20141217051649.pdf Carpeta contestación Colpensiones), petición que fue resuelta mediante Resolución GNR 152558 del 25 de mayo del 2015⁴, y contra la cual se interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado con la Resolución GNR 306549 del 06 de octubre de 2015⁵, con la cual, se agotó la vía gubernativa, tal y como fuese indicado en el numeral segundo de la parte resolutive de la

⁴ Archivo GEN-RES-CO-2015_4962170-20150602043312.pdf - Carpeta contestación Colpensiones.

⁵ Archivo GRF-AAT-RP-2015_5454988-20151006075634.pdf Carpeta contestación Colpensiones

Código Único de Identificación: 11001310502320200022101

Demandante: JOSÉ VICENTE GUZMAN MONTAÑA

Demandado: COLPENSIONES

misma, resolución que fue notificada el 26 de octubre de 2015 (Archivo GEN-RES-CO-2015_10309837-20151026050429.pdf - Carpeta contestación Colpensiones), por lo que a partir de dicha data el actor contaba con 3 años para solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez y, como quiera que la demanda se presentó el 8 de julio de 2020 (Archivo hoja de reparto), resulta claro que operó el fenómeno prescriptivo de que tratan los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST, por ello, acertada resulta la decisión de primer grado al declarar probada parcialmente la excepción de prescripción y ordenar el reconocimiento de la prestación pensional a partir del 8 de julio del 2017.

Conforme lo brevemente expuesto y, frente a todo lo demás se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada y consultada.

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de origen y fecha conocidos, para en su lugar señalar como cuantía inicial de la pensión de vejez del señor José Vicente Guzmán Montaña, la suma de **\$739.957,70** y no la que se indicó que la providencia apelada.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

Código Único de Identificación: 11001310502320200022101

Demandante: JOSÉ VICENTE GUZMAN MONTAÑA

Demandado: COLPENSIONES

TERCERO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

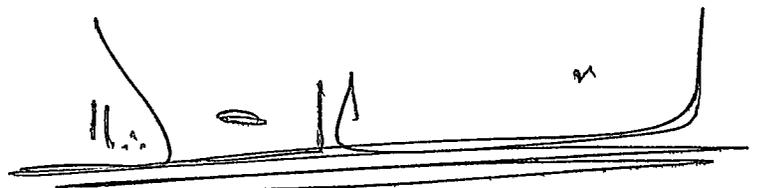
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J CORREA STEER



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL -
 MAGISTRADO: DRA. ALEJANDRA MARIA HENAO
 RADICADO: 110013105023202021
 DEMANDANTE :
 DEMANDADO:

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
-----------------	---------------	---------------	----------

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado a 2016, aplicando el 81% para obtener el valor de la primera mesada.

Promedio Salarial Anual							
Año 1989							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
17/09/89	30/09/89	14	73.500,00	2.450,00	\$ 34.300,00		
01/10/89	31/10/89	31	58.550,00	1.951,67	\$ 60.501,67		
01/11/89	30/11/89	30	49.250,00	1.641,67	\$ 49.250,00		
01/12/89	31/12/89	31	49.250,00	1.641,67	\$ 50.891,67		
Total días		106			\$ 194.943,33	\$ 1.839,09	\$ 55.172,64
Año 1990							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/90	31/01/90	31	6.600,00	220,00	\$ 6.820,00		
01/02/90	28/02/90	28	6.600,00	220,00	\$ 6.160,00		
01/03/90	31/03/90	31	6.600,00	220,00	\$ 6.820,00		
01/04/90	30/04/90	30	6.600,00	220,00	\$ 6.600,00		
01/05/90	31/05/90	31	80.013,00	2.667,10	\$ 82.680,10		
01/06/90	30/06/90	30	81.400,00	2.713,33	\$ 81.400,00		
01/07/90	31/07/90	31	81.400,00	2.713,33	\$ 84.113,33		
01/08/90	31/08/90	31	81.400,00	2.713,33	\$ 84.113,33		
01/09/90	30/09/90	30	81.400,00	2.713,33	\$ 81.400,00		
01/10/90	31/10/90	31	81.400,00	2.713,33	\$ 84.113,33		
01/11/90	30/11/90	30	61.987,00	2.066,23	\$ 61.987,00		
01/12/90	31/12/90	31	60.600,00	2.020,00	\$ 62.620,00		
Total días		365			\$ 648.827,10	\$ 1.777,61	\$ 53.328,25
Año 1991							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	31	73.950,00	2.465,00	\$ 76.415,00		
01/02/91	28/02/91	28	73.950,00	2.465,00	\$ 69.020,00		
01/03/91	31/03/91	31	73.950,00	2.465,00	\$ 76.415,00		
01/04/91	30/04/91	30	73.950,00	2.465,00	\$ 73.950,00		
01/05/91	31/05/91	31	73.950,00	2.465,00	\$ 76.415,00		
01/06/91	30/06/91	30	98.216,00	3.273,87	\$ 98.216,00		
01/07/91	31/07/91	31	110.350,00	3.678,33	\$ 114.028,33		
01/08/91	31/08/91	31	110.350,00	3.678,33	\$ 114.028,33		
01/09/91	30/09/91	30	110.350,00	3.678,33	\$ 110.350,00		
01/10/91	31/10/91	31	110.350,00	3.678,33	\$ 114.028,33		
01/11/91	30/11/91	30	110.350,00	3.678,33	\$ 110.350,00		
01/12/91	31/12/91	31	110.350,00	3.678,33	\$ 114.028,33		
Total días		365			\$ 1.147.244,33	\$ 3.143,14	\$ 94.294,05
Año 1992							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	139.924,00	4.664,13	\$ 144.588,13		
01/02/92	29/02/92	29	139.924,00	4.664,13	\$ 135.259,87		
01/03/92	31/03/92	31	139.924,00	4.664,13	\$ 144.588,13		
01/04/92	30/04/92	30	139.924,00	4.664,13	\$ 139.924,00		
01/05/92	31/05/92	31	139.924,00	4.664,13	\$ 144.588,13		
01/06/92	30/06/92	30	139.924,00	4.664,13	\$ 139.924,00		
01/07/92	31/07/92	31	139.924,00	4.664,13	\$ 144.588,13		
01/08/92	31/08/92	31	139.924,00	4.664,13	\$ 144.588,13		
01/09/92	30/09/92	30	139.924,00	4.664,13	\$ 139.924,00		
01/10/92	31/10/92	31	139.924,00	4.664,13	\$ 144.588,13		
01/11/92	30/11/92	30	139.924,00	4.664,13	\$ 139.924,00		
01/12/92	31/12/92	31	139.924,00	4.664,13	\$ 144.588,13		
Total días		366			\$ 1.707.072,80	\$ 4.664,13	\$ 139.924,00



Rama Judicial del Poder Público
 Consejo Superior de la Judicatura
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral
 Bogotá – Cundinamarca

Año 1993							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	174.905,00	5.830,17	\$ 180.735,17		
01/02/93	28/02/93	28	174.905,00	5.830,17	\$ 163.244,67		
01/03/93	31/03/93	31	174.905,00	5.830,17	\$ 180.735,17		
01/04/93	30/04/93	30	174.905,00	5.830,17	\$ 174.905,00		
01/05/93	31/05/93	31	174.905,00	5.830,17	\$ 180.735,17		
01/06/93	30/06/93	30	174.905,00	5.830,17	\$ 174.905,00		
01/07/93	31/07/93	31	174.905,00	5.830,17	\$ 180.735,17		
01/08/93	31/08/93	31	174.905,00	5.830,17	\$ 180.735,17		
01/09/93	30/09/93	30	174.905,00	5.830,17	\$ 174.905,00		
Total días		273			\$ 1.591.635,50	\$ 5.830,17	\$ 174.905,00
Año 2010							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/05/10	31/05/10	30	600.000,00	20.000,00	\$ 600.000,0		
01/06/10	30/06/10	30	600.000,00	20.000,00	\$ 600.000,0		
01/07/10	31/07/10	30	600.000,00	20.000,00	\$ 600.000,0		
01/08/10	31/08/10	30	600.000,00	20.000,00	\$ 600.000,0		
01/09/10	30/09/10	30	600.000,00	20.000,00	\$ 600.000,0		
01/10/10	31/10/10	30	600.000,00	20.000,00	\$ 600.000,0		
01/11/10	30/11/10	30	600.000,00	20.000,00	\$ 600.000,0		
01/12/10	31/12/10	30	600.000,00	20.000,00	\$ 600.000,0		
Total días		240			\$ 4.800.000,0	\$ 20.000,00	\$ 600.000,00
Año 2011							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/11	31/01/11	30	619.000,00	20.633,33	\$ 619.000,0		
01/02/11	28/02/11	30	619.000,00	20.633,33	\$ 619.000,0		
01/03/11	31/03/11	30	619.000,00	20.633,33	\$ 619.000,0		
01/04/11	30/04/11	30	619.000,00	20.633,33	\$ 619.000,0		
01/05/11	31/05/11	30	565.000,00	18.833,33	\$ 565.000,0		
01/06/11	30/06/11	30	565.000,00	18.833,33	\$ 565.000,0		
01/07/11	31/07/11	30	565.000,00	18.833,33	\$ 565.000,0		
01/08/11	31/08/11	30	565.000,00	18.833,33	\$ 565.000,0		
01/09/11	30/09/11	30	565.000,00	18.833,33	\$ 565.000,0		
01/10/11	31/10/11	30	565.000,00	18.833,33	\$ 565.000,0		
01/11/11	30/11/11	30	565.000,00	18.833,33	\$ 565.000,0		
01/12/11	31/12/11	30	565.000,00	18.833,33	\$ 565.000,0		
Total días		360			\$ 6.996.000,0	\$ 19.433,33	\$ 583.000,00
Año 2012							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/12	31/01/12	30	586.000,00	19.533,33	\$ 586.000,0		
01/02/12	29/02/12	30	586.000,00	19.533,33	\$ 586.000,0		
01/03/12	31/03/12	30	586.000,00	19.533,33	\$ 586.000,0		
01/04/12	30/04/12	30	586.000,00	19.533,33	\$ 586.000,0		
01/05/12	31/05/12	30	586.000,00	19.533,33	\$ 586.000,0		
01/06/12	30/06/12	30	586.000,00	19.533,33	\$ 586.000,0		
01/07/12	31/07/12	30	586.000,00	19.533,33	\$ 586.000,0		
01/08/12	31/08/12	30	586.000,00	19.533,33	\$ 586.000,0		
01/09/12	30/09/12	30	586.000,00	19.533,33	\$ 586.000,0		
01/10/12	31/10/12	30	586.000,00	19.533,33	\$ 586.000,0		
01/11/12	30/11/12	30	586.000,00	19.533,33	\$ 586.000,0		
01/12/12	31/12/12	30	586.000,00	19.533,33	\$ 586.000,0		
Total días		360			\$ 7.032.000,0	\$ 19.533,33	\$ 586.000,00
Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/13	31/01/13	30	600.000,00	20.000,00	\$ 600.000,0		
01/02/13	28/02/13	25	583.000,00	19.433,33	\$ 485.833,3		
01/03/13	31/03/13	30	700.000,00	23.333,33	\$ 700.000,0		
01/04/13	30/04/13	30	700.000,00	23.333,33	\$ 700.000,0		
01/05/13	31/05/13	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/06/13	30/06/13	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/07/13	31/07/13	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/08/13	31/08/13	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/09/13	30/09/13	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		



Rama Judicial del Poder Público
 Consejo Superior de la Judicatura
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral
 Bogotá – Cundinamarca

01/10/13	31/10/13	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/11/13	30/11/13	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/12/13	31/12/13	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
Total días		355			\$ 8.885.833,3	\$ 25.030,52	\$ 750.915,49
Año 2014							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/02/14	28/02/14	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/03/14	31/03/14	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/04/14	30/04/14	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/05/14	31/05/14	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/06/14	30/06/14	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/07/14	31/07/14	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/08/14	31/08/14	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/09/14	30/09/14	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/10/14	31/10/14	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/11/14	30/11/14	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/12/14	31/12/14	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
Total días		360			\$ 9.600.000,0	\$ 26.666,67	\$ 800.000,00
Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/02/15	28/02/15	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/03/15	31/03/15	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/04/15	30/04/15	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/05/15	31/05/15	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/06/15	30/06/15	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/07/15	31/07/15	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/08/15	31/08/15	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/09/15	30/09/15	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/10/15	31/10/15	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/11/15	30/11/15	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/12/15	31/12/15	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
Total días		360			\$ 9.600.000,0	\$ 26.666,67	\$ 800.000,00
Año 2016							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/02/16	28/02/16	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
01/03/16	31/03/16	30	800.000,00	26.666,67	\$ 800.000,0		
Total días		90			\$ 2.400.000,0	\$ 26.666,67	\$ 800.000,00

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1989	106	4,580	88,05	19,225	\$ 55.172,64	\$ 1.060.688,01	\$ 3.747.764,30
1990	365	5,780	88,05	15,234	\$ 53.328,25	\$ 812.379,38	\$ 9.883.949,16
1991	365	7,650	88,05	11,510	\$ 94.294,05	\$ 1.085.306,08	\$ 13.204.557,33
1992	366	9,700	88,05	9,077	\$ 139.924,00	\$ 1.270.134,87	\$ 15.495.645,36
1993	273	12,140	88,05	7,253	\$ 174.905,00	\$ 1.268.565,51	\$ 11.543.946,11
2010	240	71,200	88,05	1,237	\$ 600.000,00	\$ 741.994,38	\$ 5.935.955,06
2011	360	73,450	88,05	1,199	\$ 583.000,00	\$ 698.885,64	\$ 8.386.627,64
2012	360	76,190	88,05	1,156	\$ 586.000,00	\$ 677.218,80	\$ 8.126.625,54
2013	355	78,050	88,05	1,128	\$ 750.915,49	\$ 847.125,04	\$ 10.024.312,94
2014	360	79,560	88,05	1,107	\$ 800.000,00	\$ 885.369,53	\$ 10.624.434,39
2015	360	82,470	88,05	1,068	\$ 800.000,00	\$ 854.128,77	\$ 10.249.545,29
2016	90	88,050	88,05	1,000	\$ 800.000,00	\$ 800.000,00	\$ 2.400.000,00
Total días	3600					Total devengado actualizado a: 2016	\$ 109.623.363,12
Total semanas	514,29					Ingreso Base Liquidación	\$ 913.528,03
Total Años	10,00					Porcentaje aplicado	81%
						Primera mesada	\$ 739.957,70
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2016	\$ 689.455,00

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de junio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **ALFONSO MEJÍA SUESCUN** promoviese contra **G4S CASH SOLUTIONS COLOMBIA LTDA.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 04 de noviembre de 1997 y el 02 de agosto de 2017, que terminó unilateralmente y sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de una indemnización por despido sin justa causa, indexación y sanción moratoria.

Como fundamento relevante de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** El 04 de noviembre de 1997 celebró un contrato de trabajo a término indefinido con Wackenhut de Colombia S.A., para desempeñar el cargo de Jefe de Operaciones y de Seguridad; **2)** El 01 de agosto de 2008, Wackenhut de Colombia S.A. cedió el contrato de trabajo a la empresa Group 4 Securicor Transportadora de Valores Limitada hoy G4S CASH SOLUTIONS COLOMBIA LTDA.; fecha en la que desempeñaba el cargo de Coordinador de Seguridad; **3)** Celebró otro sí al contrato de trabajo el 16 de mayo de 2016, a través del que se cambió su cargo al de Coordinador de Transportes; **4)** El 01 de julio de 2017, la demandada se obligó con Bancolombia S.A. a recibir en el Aeropuerto El Dorado, un cargamento de \$4.000'000.000 y transportarlos al sitio que el cliente estableciera; **5)** El vuelo que transportaba la carga fue cambiado, motivo por el que el vehículo destinado para el servicio junto con su tripulación permaneció cerca de dos horas en la plataforma del aeropuerto; **6)** Una vez se recibió la carga, el vehículo blindado abandonó el aeropuerto y se dirigió a su destino; **7)** La ruta de regreso se cambió de conformidad con las directrices dadas por Omar Linares, Coordinador de Seguridad; **8)** La tripulación abandonó el vehículo, llevándose con ellos la suma de \$4.000'000.000; **9)** La empresa inició una investigación tendiente a determinar las responsabilidades del siniestro, siendo citado a diligencia de descargos; **10)** El 02 de agosto de 2017 le fue terminado su contrato de trabajo; y **11)** Devengaba \$4'366.691.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

G4S CASH SOLUTIONS COLOMBIA LTDA. (fls. 59 a 88), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, prescripción,

pago, compensación, buena fe, falta de título y causa, enriquecimiento sin justa causa, improcedencia de la indemnización moratoria, y la genérica.

Aceptó que el actor suscribió contrato de trabajo a término indefinido con Wackenhut de Colombia S.A. el 04 de noviembre de 1994; que dicha empresa cedió el contrato de trabajo del actor a G4S CASH SOLUTIONS COLOMBIA LTDA.; que para el 01 de agosto de 2008, el actor desempeñaba el cargo de Coordinador Sucursal Transportes; que el 16 de mayo de 2016 se suscribió otro si para que el actor desempeñara el cargo de Coordinador de Transportes; que se presentó un hurto de \$4.000'000.000 en un vehículo que era responsabilidad del actor; y que el 02 de agosto de 2017 dio terminación al contrato de trabajo del demandante. No aceptó ningún hecho adicional.

Manifestó que el contrato de trabajo del accionante finiquitó como consecuencia al grave incumplimiento de sus funciones, quien expuso la seguridad de la compañía y le causó graves perjuicios; que el actor tuvo conocimiento e información oportuna frente al cambio de itinerario del vuelo 4015 del cliente Bancolombia S.A., no obstante, utilizó de manera errada la hora del primer vuelo para el planeamiento de la operación a realizar, lo que generó un tiempo excesivo para efectuar la aludida operación; que la tripulación que se encontraba bajo la responsabilidad del actor contó por el desorden y la desinformación, con más de dos horas de sobra que conllevaron a ejecutar actividades no autorizadas, como el consumo de alimentos, como almuerzo o bebidas; que el demandante no realizó el control y seguimiento de la operación aérea del cliente a través del Coordinador de la Operación Aérea, quien además fue la persona que estableció contacto con éste para preguntar sobre el estado del servicio; que el actor no reportó las anomalías que se estaban presentando; y que existieron irregularidades en el procedimiento ejecutado con el dinero hurtado, tales como la asignación reiterada del señor Deiner de Jesús Chacón Gutiérrez.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 10 de junio de 2021, a través de la cual dictó sentencia condenatoria, en la que se declaró que, entre el actor como trabajador y la demandada, existió un contrato de trabajo vigente entre el 04 de noviembre de 1997 y el 02 de agosto de 2017, el cual terminado sin justa causa, recibiendo como remuneración mensual, \$4'628.692. En consecuencia la condenó a pagar a favor del actor la suma de \$62'460.198, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexada y la absolvió de las demás pretensiones, condenándola en costas.

En síntesis, indicó que no existió controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes; que está acreditado el hecho del despido con la carta de terminación del contrato de trabajo del 02 de agosto de 2017; que con el acervo probatorio recolectado no se logró acreditar la justa causa de despido, ya que, se le pretendió imputar una violencia o injuria que no aparece demostrada en juicio; que aunado a lo anterior, no se verifica un incumplimiento en las obligaciones del actor, como quiera que no se allegaron los manuales que permitan establecer el incumplimiento de procedimientos por parte de este, lo que no se logra acreditar con el reglamento interno de trabajo, ni con el acta de descargos, pues en ninguno se establecen las obligaciones del cargo del actor; que además de lo anterior, si se acreditó que una de las funciones del actor era determinar la tripulación para el cuidado de valores, lo cierto es que para cumplir tal actividad debía esta tripulación estar previamente aprobada por el Gerente de Operaciones, quien no presentó queja alguna; y finalmente razonó que no hay lugar a indemnización moratoria, ya que esta se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

G4S CASH SOLUTIONS COLOMBIA LTDA. expuso que al plenario se allegaron diversas pruebas documentales que permiten establecer las funciones que debían ser desempeñadas por el accionante; que el actor incumplió sus funciones, pues a pesar de tener conocimiento del cambio de itinerario del vuelo del cliente Bancolombia S.A., se utilizó de manera errada la planeación del horario del primer vuelo, lo que generó un tiempo de sobra, de manera que, se entiende incumplida tal obligación de planeación, no actuó con la debida diligencia, y permitió que el vehículo estuviera con más de dos horas de anticipación, lo que no resulta adecuado en una operación de estas características; que el perjuicio está claramente demostrado así como el incumplimiento a la ejecución con diligencia a su deber en el cargo de Coordinador de Transportes; que está acreditado que el demandante debía tener dentro de sus funciones las de planeación e identificación, debiendo organizarse una operación como estas con sumo cuidado, y estar al tanto de lo que estaba pasando con esta, pues tenía la labor de coordinación; que el actor designó reiteradamente al señor Deiner Chacón, pese a que era deber asignar personal aleatorio y cambiante, se saltó este principio de seguridad; y que se desestimaron las obligaciones que tenía el accionante, quien actuó de manera negligente, y debía informar la hora correcta en la que se debía llegar.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admitió el recurso de apelación y se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte demandada, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si la terminación de la relación laboral existente entre las partes aconteció o no por una justa causa.

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entrabadas en la litis le asiste una carga probatoria diferente : el trabajador, quien afirma haber sido despedido debe probar el hecho del despido; por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

Está acreditado que Alfonso Mejía Suescun ingresó a laborar al servicio de Wackenhut de Colombia S.A. el 04 de noviembre de 1994 (fls.14 y 15); que Wackenhut de Colombia S.A. cedió el contrato de trabajo del actor a Group 4 Securicor Transportadora de Valores Ltda., quien posteriormente cambió su razón social a G4S CASH SOLUTIONS COLOMBIA LTDA (fls. 9 a 13, 16 y 17); que el 11 de abril de 2016, se celebró otro sí entre las partes, en el que se señaló que el demandante desempeñaba el cargo de Coordinador de Seguridad; lo que cambió el 19 de mayo de 2016, fecha a partir de la que se dispuso que desempeñaría el cargo de Coordinador de Transportes (fls. 18 y 19); y que el 02 de agosto de 2017 se dio terminación al contrato de trabajo del accionante (fls. 20 a 22) por parte del empleador, quien arguyó justa causa. Asimismo, está demostrado que el demandante devengaba la suma de \$4'628.692 (fl.275).

Pues bien. Adicional a la documental visible a folios 9 a 35 y 89 a 288, al proceso se arrimaron las declaraciones de **Jurgen Andreas Buhl Monsalve y Omar Orlando Linares**, quienes manifestaron lo siguiente:

Jurgen Andreas Buhl Monsalve dijo que labora para la demandada desde el 13 de junio de 2005 y que para la época de los hechos era Coordinador Aéreo Nacional; que conoce al demandante en lo estrictamente laboral; que el contrato del actor finalizó por un tema de un hurto de \$4.000'000.000 del cliente Bancolombia; que no era jefe directo del demandante; que el actor era Coordinador de Transporte; que no conoce al detalle las funciones del coordinador de transporte, pero el contrato terminó por incumplimiento de estas, pues su función era coordinar la recogida de los valores en el aeropuerto; que sus funciones en el momento del hurto eran las de coordinar el vuelo de origen y destino; que al demandante se le informó del vuelo para que coordinara lo pertinente, especialmente el traslado de la unidad al aeropuerto con el debido tiempo, que debían llegar una hora

antes que el vuelo; que una vez se les avisa, la coordinación debe efectuar la entrada del vehículo blindado, tener un vehículo en el punto de destino antes de la llegada del vuelo, recibir los valores ingresarlos al vehículo y hacer la respectiva custodia para trasladar los valores a la sede o entregarlos al cliente; que a través de correos se le emite al actor el comunicado de la existencia de un vuelo y se le copia para que él coordine lo pertinente; que para el 01 de julio de 2017, se le envió al actor un correo indicándole la programación del vuelo en el que llegaban los valores; que existió un cambio en el vuelo por tema de la aerolínea y ese ajuste al itinerario del vuelo se le comunicó al demandante por correo,; que al Coordinador de Transporte le corresponde asignar la tripulación de los vehículos que llegan al aeropuerto a recoger estos valores; que el vehículo que debía recoger los valores, llegó con mucho más tiempo de anterioridad; que la coordinación de transporte debió extender la información a los involucrados en el proceso de la reprogramación del vuelo; que no sabe si el demandante informó inmediatamente sobre el hurto; que no sabe si el demandante en debía hacer seguimiento de la operación o llamar a la tripulación o estar pendiente; que el día del siniestro se comunicó con el demandante preguntándole cómo iba la operación, y él dijo que iba a revisar el tema, y luego, al finalizar la tarde, el actor lo llama y le dice que el camión llegó sin los valores y que lo hurtaron; que la operación era de alto riesgo, por la cantidad de los montos transportados; que la coordinación de transporte en tierra son los encargados de coordinar los transportes de recepción o a los clientes; que la coordinación de transporte era quien planeaba la operación; que el departamento de seguridad es el que acompaña la operación también; que no sabe si los tripulantes estaban bajo el control del departamento de seguridad; que no recuerda la hora en que comunicó el ajuste; que el vuelo debía llegar en la mañana, y llegó en horas de la tarde; que no eran muy frecuentes los cambios en los itinerarios; que ese cambio de vuelo fue porque tenía entendido que iba a ir en un vuelo una persona DEPA (un preso), lo que genera una restricción por parte de la aerolínea;

que no tiene el detalle de las funciones del actor después de que el carro está en el aeropuerto, pero que se debía tener máxima alerta en todos los momentos del vuelo y de la coordinación de ingresos al aeropuerto, debía estar atento por la alta prioridad del vuelo y por los montos transportados; que el área de transporte es la encargada de recibir la recepción de los valores, ubica el camión en la plataforma del aeropuerto y meterlos en el camión y transportarlos a la sede; y que es muy importante cambiar tripulaciones y hacer ajustes en estas para evitar situaciones como la acontecida.

Por su parte, **Omar Orlando Linares** señaló que fue compañero de trabajo del actor; que fue Coordinador de Seguridad entre julio 2017- julio 2018; que no conoce las funciones del demandante; que el día del robo fue un fin de semana, el vehículo traía unos valores de la ciudad de Medellín y se iban a transportar del aeropuerto el Dorado hasta la sede de G4S; que conoce los hechos porque era el Coordinador de Seguridad y sabía los movimientos que se iban a realizar en cada uno de los vehículos que transportaban estos dineros; que el área de seguridad hace el seguimiento con escolta físico y monitoreo; que el área de transporte cumple funciones de proveer los vehículos y el personal que va a hacer esos movimientos; que el gerente de la sucursal es la persona que asigna la tripulación, les da el visto bueno; que la función que cumple el Coordinador de Transporte es pasar el listado del personal que se va a enviar y el vehículo en que se van a desplazar; que eran dos desplazamientos que harían el día de la operación, uno a las 8:00 A.M. y otro a las 11:00 A.M.; que los fines de semanas tenía personal que hacía las funciones de operación baja; que ese día no estaba en la sede; que en la empresa hay manual para seguridad para efectuar transportes y para el personal que está desempeñando funciones; que no conoce otra función que haga el coordinador de transporte, lo que conoce es de la parte de seguridad física que era de lo que estaba encargado; que el día del hurto, un vuelo llegaba a las 8:00 A.M. y el otro una o dos

horas después, hubo un retraso en el vuelo como de una hora; que monitoreo le informó que el vuelo se había retrasado, pero el supervisor en ningún momento informó; que estaba de lunes a viernes desde las 4:00 A.M. hasta las 10:00 11:00 P.M., y los días sábados, domingos y festivos; que una vez recibida la carga y guardados los dineros en los vehículos, un escolta motorizado era el encargado de echar llave al vehículo como tal, esa persona salía del aeropuerto, montaba su moto y se iba a llevar las llaves por adelantado a la sede como tal, y ya la parte por donde salía el vehículo, había un escolta pendiente en la moto y el personal del monitoreo realizando el seguimiento por el GPS, esa era la instrucción que había; que los escoltas hacían parte del área de seguridad; que la responsabilidad del coordinador terminaba cuando se metían los dineros al vehículo, ya la seguridad de monitoreo eran 24 horas por donde iba el vehículo con el GPS donde estaba ubicado, y la seguridad era parte de la seguridad física, aunque transporte tenía un personal de recorredores en moto que también ayudaban a prestar ese servicio de seguimiento sobre la vía; que era muy frecuente el cambio de itinerario en el transporte aéreo; que en caso de retardo de un vuelo, permanecía el vehículo y el personal adentro del aeropuerto, siempre que no fuera ilógico, ya que, el ingreso al aeropuerto era dispendioso en Opain, no era fácil que les prestaran el apoyo del ingreso del vehículo a la plataforma, el que tenía que ser con personal autorizado; que no estaba el día del siniestro, estaba un supervisor encargado; que la operación aérea es compleja, ya que requería de mucha seguridad, una buena coordinación, y un buen planeamiento, todo debía estar bien coordinando; que existe una política dirigida a implementar cambios de personal en las operaciones, pero había una limitante porque no todo el personal tenía la autorización al aeropuerto, entonces no se contaba con el carnet para este ingreso; que el personal era de más o menos 20-30 personas, y con ellos se hacía la rotación para la entrada al aeropuerto; y que el demandante debía reportar la anomalía, era una función de trabajo en equipo y pues era una información que se debía entregar a todos.

Pues bien. Del análisis integral de las probanzas referidas, se advierte nítido el hecho del despido, pues este se acreditó con la carta de terminación obrante a folios 20 a 22, en la que se señaló en síntesis que el 01 de julio de 2017 se presentó la pérdida de \$4.000'000.000 correspondiente a la operación con el cliente Bancolombia, en donde se cometieron serias y graves irregularidades endilgadas por el empleador al demandante, tales como: **i)** pese a conocer el cambio de itinerario utilizó de manera errada la hora del primer vuelo para el planeamiento de la operación, lo que generó un tiempo excesivo de sobra a la operación; **ii)** La tripulación ejecutó labores no autorizadas, como el consumo de alimentos; **iii)** Se abandonó el cargo para que el personal consumiera bebidas; **iv)** No realizar el control y seguimiento de la operación aérea, pues fue a través del Coordinador de la Operación Aérea que estableció contacto con el actor para conocer el estado del servicio; **v)** Una vez lo llamó el Coordinador de la Operación Aérea se contactó con Chacón Deimer, a quien le dio instrucción de dirigir el carro con los valores hacía la sede Américas, sin embargo, no compartió la información con el personal subalterno, con el área de transporte para realizar seguimiento; **vi)** Indagar el estado de la operación una hora después del arribo de la carga; **vii)** Asignar en casi todas las operaciones de mayo a julio de 2017, al señor Deimer Chacón como Jefe de Tripulación, hoy prófugo de la justicia; **viii)** No reportar la anomalía que se estaba presentando; **ix)** No cumplir con el instructivo IN-TV-04 que establece estar en la plataforma del aeropuerto, mínimo una hora antes; y **x)** No realizar de manera recurrente y periódica auditorias operativas para la logística en el aeropuerto.

Igualmente, se dejó sentado que en la prueba de poligrafía del actor, se encontró indicación de engaño.

Dilucidado lo anterior, se procederá a estudiar si los hechos en los que el empleador basó el despido constituyen o **no justa causa**.

Para cumplir tal cometido, la Sala se remite al acta de descargos de folios 25 a 34, en la que se observa que el actor manifestó que desde su perspectiva la operación se realizó de la mejor manera, se dio aviso a las personas de seguridad como al área de operaciones, quienes generaron los apoyos y reportes respectivos; que Camilo Galán es quien debe auditar las tripulaciones para verificar su continuidad, y verificar quiénes deben ir; que la tripulación se asignó de conformidad con su experiencia en este tipo de operaciones, así como por la posibilidad que tienen de ingresar a la Opain; que su funciones están ligadas al punto de salida y de llegada a la base; que no hubo trato preferencial en la escogencia de la tripulación; que el reajuste del vuelo se comunicó el día anterior sobre las 5:00 P.M.; que la operación tiene un control y auditoría por parte del área de seguridad, quien está en cabeza de los riesgos asociados con la operación; y que todas sus actuaciones han estado precedidas del cumplimiento de los procedimientos y políticas de la empresa.

Igualmente, obra evaluación de perfil del cargo del actor donde se establece que sus funciones son las siguientes: **i)** Mantener en línea de servicio el parque automotor, estableciendo y controlando programas de mantenimiento; **ii)** Analizar información, volúmenes, condiciones de la región, para optimizar las rutas y los recursos utilizados; **iii)** garantizar el cumplimiento de los servicios, estableciendo planes de contingencia; **iv)** efectuar gestión en el área teniendo en cuenta los resultados de los indicadores; **v)** administración de personal; **vi)** control de horas extras y costos del área; **vii)** garantizar la entrega y actualización de los manuales de identificación en los diferentes puntos de los clientes; y **viii)** realizar las funciones asignadas como brigadista (fl.140)

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala es claro que si bien obra en el plenario un perfil del cargo que permite establecer las funciones del accionante, lo cierto es que no es dable determinar con precisión que las obligaciones que alega el

empleador como incumplidas y que fueron aludidas con anterioridad, hicieran parte, o se enmarquen dentro de las funciones expresamente atribuidas al demandante.

En efecto, en dicha documental si bien se hace alusión a que se debe garantizar el cumplimiento de los servicios, estableciendo planes de contingencia, no se precisa qué tipo de acciones o actividades concretas eran las que debía ejecutar el demandante; por lo que, en tales condiciones, se hace necesario acudir a los testimonios de Jurgen Andreas Buhl Monsalve y Omar Orlando Linares, quienes manifestaron que dentro de las funciones del actor estaba la de coordinar la recogida de los valores en el aeropuerto, y asignar la tripulación de los vehículos que llegan a este para recoger los valores; que el área de transporte es la encargada de recibir dichos valores, ubicar el camión en la plataforma del aeropuerto, meter los valores en el camión y transportarlos a la sede; que el área de seguridad es la que debe custodiar los valores en el desplazamiento hasta la sede; que el área de seguridad es la que hace el seguimiento con escolta físico y monitoreo de la operación; que el área de transporte cumple funciones de proveer los vehículos y el personal de las operaciones; que una vez recibida la carga y guardados los dineros de los vehículos, un escolta motorizado es el encargado de echar llave al vehículo, y el personal de monitoreo realizaba seguimiento por el GPS; que los escoltas hacían parte del área de seguridad; y que la responsabilidad del coordinador terminaba cuando se metían los dineros al vehículo, aunque también tenían recorredores que en ocasiones ayudaban a prestar ese servicio de seguimiento.

En igual sentido, en **interrogatorio de parte la representante legal de la demandada**, señaló que el Coordinador de Transporte es quien realiza la programación y escoge a la tripulación; y que el Coordinador de Seguridad hace seguimiento de la operación en pavimento, verificando que los protocolos de seguridad se cumplan.

Por tanto, los servicios que se tiene acreditados en juicio como de responsabilidad del accionante era los de coordinar la operación en cuanto al suministro del vehículo en el que se transportarían los valores, así como asignar la tripulación que haría parte de esta, para que sea luego el área de seguridad la encargada de salvaguardar la entrega de los valores en debida forma. Asimismo, se observa que la tripulación debería estar una hora antes en el aeropuerto debidamente ubicado para efectuar la correspondiente operación.

Así, no se avizora que el demandante fuera el encargado de velar por la seguridad de los valores, pues de lo expuesto se deduce que sus funciones iban hasta proporcionar un vehículo, una tripulación, recoger la carga, montarla en el camión, remitirla a la sede, y recibirla en el punto de llegada, siendo labor del área de seguridad velar por los valores durante el recorrido – momento en el que desapareció el dinero y la tripulación- a través de escoltas motorizados y de la monitorización del vehículo por GPS.

Ahora, y cuanto a que el demandante estuvo más de una hora en el aeropuerto con anterioridad al arribo del vuelo, ciertamente para la Sala resulta contradictoria en tal sentido la carta de terminación, pues se le acusa de no haber efectuado el procedimiento en debida forma, y se le cita el instructivo IN-TV-04 que expresamente señala *“Numeral 3.10. Ingreso del vehículo blindado a la plataforma aeropuerto en la ciudad de destino- El vehículo blindado de G4S debe estar ubicado en el **sitio de ingreso como mínimo una hora (60 minutos) antes del aterrizaje de la aeronave el día del servicio para recibir la carga**”*. Por tanto, la directriz del empleador no era estar una hora exacta ni 45 minutos antes, era estar con una antelación mínima de una hora, lo que a pesar de la irregularidad de la información suministrada por el cambio de itinerario del vuelo, se cumplió por parte del demandante; asimismo, brilla por su ausencia que se hubiera allegado tal instructivo para determinar si se

desconoció alguna directriz o se incluyó la que extraña la Sala, esto es, que se debía estar un tiempo máximo a la espera de un determinado vuelo.

En igual sentido, no encuentra la Sala que el demandante hubiera asignado indebidamente la tripulación para la operación del día 01 de julio de 2017, pues contaba con el aval del Gerente de Operaciones, Camilo Galán, representante de la empresa, quien conforme al dicho del testigo Omar Orlando Linares, era el encargado de verificar las tripulaciones, su rotación, y las condiciones especiales que se podían presentar y en la que se pudiera requerir un personal específico, pues de conformidad con dicho testigo, el ingreso a la Opain únicamente lo podía realizar personal autorizado con el respectivo carnet.

De igual forma, no aparece suficientemente acreditado que la tripulación hubiese ejecutado labores no autorizadas, como el consumo de alimentos y consumo de bebidas, pues como se ha dicho a lo largo de la providencia, los instructivos o manuales del procedimiento que se debieron ejecutar por parte de la tripulación brillan por su ausencia, aunado a que tal situación ni siquiera fue objeto de mención por los testigos; tampoco se acreditó que una vez el demandante llama al Coordinador de la Operación Aérea se contactó con Chacón Deimer, a quien le dio instrucción de dirigir el vehículo con los valores hacia la sede Américas, sin compartir tal información con el personal subalterno ni el área de transporte para realizar seguimiento, así como sólo se indagó el estado de la operación una hora después del arribo de la carga, pues por el contrario en la diligencia de descargos se señala que el vehículo salió a las 16:04 P.M., que se detectó a las 16:20 P.M. que el vehículo estaba parqueado y que el conductor no contestaba, que a esa hora llamó a Jorge Orlando Morera, Radio- Operador, quien le comunicó que está atendiendo una situación con el señor Chacón, pero que no contestaba, y que las 16:30 P.M. se comunicó nuevamente con el señor Morera quien le informó que encontraron el vehículo pero no la

tripulación, momento en el que el actor se dirigió al lugar de los hechos, momento en el que por demás ya la empresa tenía suficiente conocimiento de lo que había ocurrido.

Con base entonces, en las probanzas arrimadas a las diligencias no lograr verificar la Sala que se hubiere acreditado la justa causa que alega la demandada, por demás que en la carta de terminación se hace alusión a una prueba realizada por polígrafo, y esta tampoco se allegó.

Finalmente, no observa la Sala que fuera el demandante quien en el ejercicio de su cargo, hubiese causado un perjuicio a la empresa demandada, pues de conformidad con lo expuesto hasta aquí no está debidamente acreditado que desatendió sus funciones, o que hubiera sido negligente en el desempeño de estas.

Por lo brevemente expuesto, la sentencia se CONFIRMARÁ en su integridad.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2018-00166 -01

Demandante: ALFONSO MEJÍA SUESCUN.

Demandado: G4S CASH SOLUTIONS COLOMBIA LTDA.

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

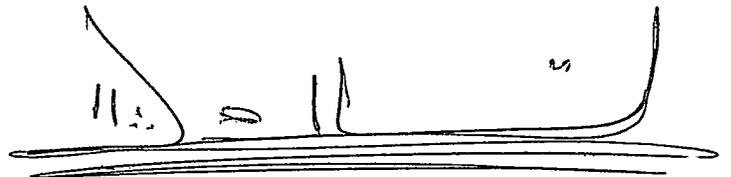
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo la parte demandada.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**, **DAVID A.J CORREA STEER** y **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente)**, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de junio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **ÁNGELA MILEIDY CUADRADO ALBARRACÍN** promoviese contra **BANCOLOMBIA S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo indefinido con un último salario de \$2'094.164, que terminó unilateralmente. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de una indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** El 29 de agosto de 2011 suscribió un contrato de trabajo con la demandada para desempeñar el cargo de Cajera; **2)** Su última asignación salarial fue la suma de \$2'094.164; **3)** El 12 de mayo de 2016, BANCOLOMBIA S.A. dio por terminado el contrato de trabajo aduciendo justa causa, pese a que su actuar siempre ha estado precedido de buena fe, sin la intención de dañar la imagen del banco.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

BANCOLOMBIA S.A. (fls. 102 a 132), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, buena fe, improcedencia del pago de la indemnización por despido injusto, prescripción, pago, compensación, y la genérica.

No aceptó ningún hecho. Manifestó que la demandante fue vinculada mediante contrato de trabajo el 29 de agosto de 2011 para que desempeñara su cargo de Cajera a partir del 05 de septiembre de 2011; y que la última asignación salarial de la actora era la suma de \$2'094.164.

Explicó que la actora fue despedida porque incumplió sus obligaciones contractuales, legales y reglamentarias los días 13, 25, y 26 de abril de 2016, al omitir el procedimiento contenido en la Circular de Atribuciones CDT de BANCOLOMBIA S.A., el Código de Ética, y el Reglamento Interno de Trabajo; que la demandante aceptó al rendir descargos que incurrió en un error y en una imprudencia, pues no pensó en los riesgos y posibles consecuencias de dar sus claves de usuario, sistema de alarma y

llaves, lo que era su responsabilidad; que el actuar de la actora generó traumatismos en la apertura normal de la oficina del banco, como quiera que otros empleados tuvieron que asumir las funciones de la demandante; y que aunado a lo anterior, la accionante autorizó darle a tres clientes, tasas que no estaban contempladas por el banco, con lo que se omitió la Circular de Atribuciones CDT de BANCOLOMBIA S.A.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 16 de junio de 2021, a través de la cual dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, indicó que está acreditado el hecho del despido con la carta de terminación del contrato de trabajo; que con el acervo probatorio recolectado se acreditó que la demandante incumplió con sus obligaciones contractuales, ya que no realizó personalmente su labor, acatar las órdenes suministradas por el empleador, faltar al trabajo sin justa causa, pues el día 26 de marzo de 2016 no asistió a laborar, entregó las claves y llaves que estaban bajo su custodia a terceros, lo que puso en riesgo la seguridad de la demandada; que está demostrado con el instructivo de llaves y claves que estos eran personales, confidenciales, e intransferibles; que de igual manera está acreditado que la actora tramitó CDT's sobre tasas inferiores a las establecidas por la entidad bancaria, sin informar a sus correspondientes jerárquicos; y que las anteriores tasas se podían consultar por parte de la actora a través de la página de internet, de modo que, al autorizar una tasa preferencia se debía comunicar a su superior jerárquico, lo que aceptó en los descargos que rindió y se estableció por los testigos comparecientes.

Finalmente, explicó que si bien ya se había iniciado un proceso disciplinario frente a la comparecencia de la trabajadora

a laborar el 26 de marzo de 2016, este no se hizo eficaz ni se encontraba en firme, por lo que, en tales condiciones, era dable evaluar en conjunto las faltas que había cometido la demandante, para determinar si había lugar a su despido; que el debido proceso no fue objeto del litigio; y que por todo lo anterior, se considera que la terminación unilateral efectuada por el empleador fue con justa causa.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

La **parte actora** expuso que a la demandante le fue violado el debido proceso al momento del despido, puesto que las causales de la terminación del contrato de trabajo fueron ilegales, pues frente a una causal ya existía cosa juzgada, y frente a la segunda, no se comunicó en debida forma.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de éstas, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si para efectuar el despido de la demandante se debió agotar algún tipo de procedimiento; si en el

finiquito contractual se vulneró el derecho fundamental al debido proceso; y si la terminación de relación laboral aconteció por una justa causa.

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entrabadas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

Por otra parte, y en relación con el procedimiento disciplinario, es necesario precisar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la **SL15245-2014 y la SL2351-2020**, ha explicado que si bien el derecho al debido proceso en tratándose de un despido, según las voces del artículo 29 constitucional presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es resultado del principio de legalidad, su vulneración sólo se puede predicar en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto o pactado expresamente un procedimiento previo para dar por terminado un contrato de trabajo.

Lo anterior no quiere decir que, al momento de llevarse a cabo un despido, el trabajador no pueda ejercer su derecho de

defensa, pues el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo lo debe realizar con base en una justa motivación, según sentencia **SL2351-2020**, y más recientemente conforme lo dispuesto en la **SU-449 de 2020** proferida por la H. Corte Constitucional.

Igualmente, de manera pacífica y reiterada la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado que, por la naturaleza correctiva del despido, dicho acto no representa sanción disciplinaria. En sentencia **SL2150-2020**, señaló:

“El desconocimiento de la censura de los artículos 6 y 125 de la norma superior, la lleva a confundir el «*despido*» con la sanción de «*destitución*» que prevé el Código Único Disciplinario. Con base en estos preceptos constitucionales, el «*despido*» del trabajador con justa causa no tiene la misma naturaleza jurídica de una «*destitución*». Inclusive, puede darse el caso de trabajadores que se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a sus condiciones de contratación y, a la vez, ser servidores públicos disciplinables, y, por tanto, ser sujetos de despido y de destitución, sin que se viole el principio *nom bis in idem* (no ser juzgado dos veces por el mismo hecho)”.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

Está acreditado que Ángela Mileidy Cuadrado Albarracín ingresó a laborar al servicio de BANCOLOMBIA S.A. el 05 de septiembre de 2011 y que laboró hasta el 12 de mayo de 2016, finalizando la relación laboral alegándose una justa causa por parte del empleador (fls. 7 a 13). Asimismo, no existió controversia en cuanto a que la actora devengaba la suma de \$2'904.164, pues así se aceptó en la contestación de la demanda (fl.).

Pues bien. Al proceso se arrimó la documental visible a folios 7 a 21 y 133 a 237. Así como comparecieron a rendir

testimonio **Adriana del Pilar Chamorro Carvajal y Leonardo Enrique Hernández Díaz**, quienes manifestaron lo siguiente:

Adriana del Pilar Chamorro Carvajal afirmó que trabajó para BANCOLOMBIA S.A. como Subgerente de Oficina; que fue compañera de trabajo de la actora en el banco entre 2014 y 2016; que la actora era Asesora Integral; que la demandante fue despedida por dos razones, la primera, fue por una falta a su trabajo, y la segunda, por indebidas atribuciones de tasas en CDT's; que en la primera falta, la accionante solicitó permiso para no acudir a trabajar el sábado de semana santa, no obstante, no se le reconoció y ésta lo que vio fácil, fue no asistir a trabajar, y entregar todo lo que se le había encomendado en cuanto a la seguridad del banco, como llaves de seguridad y la clave interna de la red del banco, a compañeros de la oficina; que en el banco hay una política para el manejo de llaves y claves; que las llaves sólo las puede manejar el funcionario encargado; que la actora tenía la llave de seguridad de la oficina; que frente a claves están las de ingreso a la oficina, bóvedas, y al sistema; que frente a la clave de ingreso de la oficina, la actora se la entregó a un funcionario, y respecto de la clave de la bóveda se la entregó al cajero, con lo que, le entregó toda facultad para que pudiera tener acceso al dinero de la bóveda, ya que, en la oficina, se tiene un manejo dual, y éste ya tenía la otra clave; que el manejo dual tiene como fin evitar el riesgo de la pérdida del dinero, es por ello que a dos personas distintas se encomiendan las llaves; que la clave de red, permite ingresar a todas las cosas que tienen en el banco, es intransferible, por demás que la actora por su cargo y rol, tenía delegadas atribuciones para dar autorizaciones de transacciones superiores; que se enteró de lo que estaba sucediendo por medio de la Supernumeraria, pues la actora le entregó la clave de red y la de autorizaciones, y el día que se ausentó la actora, ella la llamó y le dijo que no iba a utilizar esa clave, que la demandante no se presentó a trabajar y que abrieron la oficina luego de las 9:00 A.M.; que en ese momento, intentó ponerse en contacto con la actora para saber

qué había pasado, y ella mencionó que estaba viajando, que no alcanzaba a llegar a trabajar, y que por eso había enviado por chat y por diferentes medios las claves, y que las llaves las hizo llegar hacia las 9 o 10 A.M.; que estaba en Bogotá cuando acaeció la situación de la actora, llegó a la oficina después para corregir todo lo que ella hizo y hacer todas las delegaciones pertinentes, empero, ya se había puesto en riesgo al banco; que la segunda causa del despido, es la de los CDT's; que para los CDT's, se tienen unas tasas, sin embargo, se puede otorgar una superior si lo autoriza el Gerente de Zona o Vicepresidente, dependiendo del monto; que estos permisos se tienen que dar por escrito; que si no hay estos permisos, la tasa que se debe de otorgar es la estipulada por política; que la omisión de los CDT's era un error que se venía dando desde hace varios meses, en los que los funcionarios por error tomaban una tasa diferente a la que estaba por política, que la actora, en el último informe, concedió tres CDT's con tasas de atribuciones altas, ya se tenían antecedentes de ella, en los que ésta siempre informaba que lo hacía por error, empero, en el último informe llegó nuevamente el error y con un mismo cliente por un monto de alrededor \$260'000.000; que a la actora ya se le había hecho diligencia de descargos por la primera causal, pero luego llegó el tema de los CDT's y los dos casos sumados dieron la causal de despido; que la actora no pidió autorización para otorgar esos CDT's, que a la demandante se le pasó descargos, se hizo todo el proceso, y este iba a culminar con seis días de suspensión, pero ante el suceso de los CDT's se determinó su despido; que frente a las políticas de los CDT's se le capacita a los funcionarios, tienen cursos, por demás que la actora llevaba muchos años en el banco..

Por su parte, **Leonardo Enrique Hernández Díaz** manifestó que es Analista de Relacionamiento Humano de BANCOLOMBIA S.A.; que maneja todos los temas relacionados con personal; que el despido de la actora fue por dos circunstancias, la primera, fue por inasistencia laboral, tenía que asistir el sábado de semana santa y se presentó después del inicio de la jornada,

acompañado de dos agravantes, compartió las llaves de ingreso a la sucursal y pasó por alto las indicaciones del superior; y la segunda situación, otorgó CDT's con una tasa superior a la autorizada por el banco, lo que hizo sin la debida autorización del jefe inmediato; que por la segunda situación se interrumpió el proceso disciplinario que se estaba llevando frente a la primera causal y se tomó la decisión de efectuar su despido con justa causa. El deponente describió de manera detallada los mismos acontecimientos narrados por la testigo Chamorro Carvajal. .

Pues bien. Del análisis integral de las probanzas referidas, se advierte nítido el hecho del despido, pues este se acreditó con la carta de terminación obrante a folios 11 a 13, en la que se le señaló, en síntesis, que el 26 de marzo de 2016, no se presentó a trabajar, pese a que era la responsable de las llaves de apertura de la oficina, así como de las claves de desarme de alarma, bóveda y oficina, lo que generó inconvenientes en la seguridad de la oficina y traumatismos en la atención de clientes; que lo anterior, es mucho más grave si se tiene en cuenta que se entregó las llaves a un tercero ajeno al banco, y se compartió claves por whatsapp; que el 13, 25 y 26 de abril de 2016 desconoció la circular de atribuciones para la apertura de CDT's, pues tales días otorgó tasas que no estaban autorizadas para tal producto; y que a la accionante ya se le había informado que debía trabajar sobre los CDT's con tasa política.

Dilucidado lo anterior, se procederá a estudiar si los hechos en los que el empleador basó el despido constituyen o no justa causa. Para cumplir tal cometido, **se verificará en primer lugar si era necesario o no agotar un procedimiento previo para llevar a cabo el despido.**

De esta manera, la Sala se remite en primer lugar al contrato de trabajo suscrito entre las partes, obrante a folios 7 a 10, documento en el que no se estableció algún tipo de procedimiento o trámite previo a efectuar un despido. En igual

sentido, al revisar el Reglamento Interno de Trabajo visible a folios 166 a 205, se observa que tampoco en dicho documento - vinculante para las partes - se estableció procedimiento alguno a agotar previo al despido, razón por la que frente al punto debe decirse que el empleador no estaba obligado a seguir un trámite específico o concreto y, por ello, no puede predicarse la violación del derecho al debido proceso, por cuanto en los reglamentos que ataron a las partes no se previó expresamente un procedimiento para despedir.

Tampoco se avizoran razones para declarar nulo el despido efectuado la demandante, pues aunado a que el empleador no estaba regido por un procedimiento, en todo caso, llamó a su trabajadora el 12 de abril de 2016, para que rindiera descargos por su ausencia a laborar el 26 de marzo del mismo año, y compartir claves y llaves de seguridad (fl.14), lo que hizo el 25 de abril de 2016 (fl.17). Igualmente, no es dable considerar que sobre tal causal de despido hubiera operado el fenómeno de la cosa juzgada y, en consecuencia, se encuentre vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, pues si bien el empleador comunicó a su trabajadora que por tal actuar le iba a imponer una sanción de seis días de suspensión del contrato de trabajo (fl.16), lo cierto es que de conformidad con los testigos comparecientes, Adriana del Pilar Chamorro Carvajal y Leonardo Enrique Hernández Díaz, dicha sanción no se hizo efectiva y el proceso sancionatorio se vio interrumpido, dado que se encontraron otras irregularidades en el desempeño de la trabajadora, como lo es, el aprobar unos CDT's con tasas preferenciales.

Lo dicho, también encuentra su asidero en **interrogatorio de parte de la demandante**, quien manifestó que la sanción que le comunicó el banco de seis días de suspensión de su contrato de trabajo, no se hizo efectiva, dado que estaba corriendo el plazo para apelar tal sanción.

Por tanto, la Sala no estima que la sanción que inicialmente se iba a imponer hubiese cobrado firmeza, pues no se había hecho efectiva, y cuando la actora fue despedida aún estaba en término de presentar la correspondiente apelación – de la sanción –.

Conforme lo anterior, debe seguidamente analizarse si la decisión de finalizar el vínculo laboral de forma unilateral se llevó a cabo con base en una **justa causa**.

Al respecto se tiene que, en diligencia de descargos del 25 de abril de 2016 (fl.17), la demandante señaló *“reconozco que cometí un error y una imprudencia con los hechos del pasado sábado 26 de marzo del presente año; (...) que a las 9:30 de la noche la camioneta en la que íbamos empieza a presentar fallas de motor, quedando varada cerca del municipio San Luis de Gaceno, viendo que definitivamente no podíamos continuar y que por allá no pasaba ya a esa hora transporte público y estaba a más de 9 horas de la oficina, me comuniqué con mi directora de servicio Adriana Chamorro para informarle mi situación (...) recurrió llamar a mi mamá quien tiene copia de las llaves de mi apartamento para que fuera y sacara las llaves de la oficina y se las entregara a mi compañera Ana María Molina quien vive en Cajicá, y así ella las llevara para la apertura a mis compañeros, Jhon Herrera cajero principal en horas de la mañana le solicite su colaboración con la clave de desarme de oficina, y a Alexandra Bermúdez le envíe la clave de golf para que entrara se delegara su usuario, a las 6:00 am salí a buscar el medio para poderme desplazar a Bogotá, recurriendo a pagar carro particular que me acercó al municipio de la Junta (Boyacá), y allí cogí una flota hasta el portal de la 170, como estaba tan lejos no tuve tiempo de cambiarme de ropa y llegue vestida casual, en jean”*.

Igualmente, los testigos Adriana del Pilar Chamorro Carvajal y Leonardo Enrique Hernández Díaz fueron claros en manifestar que la accionante no acudió a trabajar el 26 de marzo de 2016, y que le transfirió sus llaves a la madre de la accionante

y las claves del banco a sus compañeros, con lo que no se logró realizar apertura de la entidad a las 9:00 A.M., quedando expuestos a sanciones de la Superintendencia Financiera e inclusive, se entorpeció el servicio prestado a clientes, así como se puso en riesgo la seguridad del dinero del banco, pues las llaves quedaron en manos de un tercero ajeno a la entidad, y las claves estuvieron en custodia de una sola persona, cuando por prevención y seguridad debía ser dual, esto es, estar a cargo de dos trabajadores -función que estaba en cabeza del cargo de Asesor Integral como se puede desprender la descripción de funciones obrante a folios 237 a 260-.

Así mismo, se hace necesario esclarecer que en el plenario no obra prueba de las circunstancias que la actora narra en sus descargos, ni mucho menos que hubiera puesto en conocimiento de su empleador que iba a traspasar claves y llaves que estaban en su poder, o que era necesario que se activara otro plan ante su imposibilidad de acudir a trabajar; actuar que va en contravía de lo dispuesto en el artículo 67 del Reglamento Interno de Trabajo, especialmente de los siguientes literales:

“ **ARTÍCULO 67.** Se califican como graves y dan, por tanto, lugar a la terminación del contrato por decisión unilateral del Banco, por justa causa, además de las establecidas en el artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo o en el contrato de trabajo, las siguientes faltas:

(...) **b.** El no cumplimiento del horario de trabajo en los términos establecidos en el Reglamento Interno de Trabajo o contrato laboral.

c. Poner en peligro, por actos u omisiones, la seguridad de las personas o de los bienes del Banco, o de los bienes de terceros confiados al mismo.

d. No cumplir oportunamente las prescripciones que para la seguridad de los locales, los equipos, las operaciones o los dineros y/o valores de la empresa o que en ella se manejan, impartan las autoridades del Banco.

i. Realizar operaciones o desempeñar funciones cuya ejecución esté atribuida expresa e inequívocamente a otro empleado del Banco, salvo el caso de necesidad efectiva e inaplazable, y previa orden del superior”.

Por tanto, se encuentra acreditada tal causa de terminación del contrato de trabajo, y se procede a verificar si se incurrió en un indebido otorgamiento de tasas de intereses en CDT's.

Al respecto, los testigos Adriana del Pilar Chamorro Carvajal y Leonardo Enrique Hernández Díaz manifestaron que la accionante otorgó tres CDT's por fuera de los límites establecidos por el banco sin autorización de un superior jerárquico, y que uno de estos era por la suma aproximada de \$260'000.000. Igualmente, en interrogatorio de parte, la demandante señaló que sí otorgó tales CDT's, empero que solicitó autorización verbal a la Gerente; actuar que ciertamente va en contravía del instructivo de actividades obrante a folios 261 a 264, en donde se establece claramente que *“en los casos que se autoricen tasas preferenciales por tasa grupo, monto superior a \$200M, segmento gobierno de red y monto superior a \$1.000M, solicitar mediante correo electrónico la autorización de la tasa a los cargos detallados en el cuadro de atribuciones publicadas en la intranet en el punto de información “Tasas y Tarifas” para CDT Bancolombia”* (para el efecto capacitaciones y fue evaluada en conceptos básicos de la Ley Sarbanes Oxley Gobierno Corporativo- fls. 271 a 274); por lo que, ciertamente la actora incurrió en las irregularidades que se le deprecian.

En suma, los testigos Adriana del Pilar Chamorro Carvajal y Leonardo Enrique Hernández Díaz hicieron mención a que la accionante incurrió varias veces en irregularidades con el otorgamiento de CDT's, y que una de las cosas que más llamó la atención es que otorgó un CDT al mismo cliente, pese a que anteriormente ya lo había hecho, y se le había llamado la atención por tal actuar; situación que ciertamente está en contravía con el Código de Ética obrante a folios 209 a 236, pues en la sección 7 se establece que administradores y empleados deben *“abstenerse de participar en actividades, negocios u operaciones contrarios a la ley a los intereses del Grupo”, “abstenerse de realizar cualquier negocio u operación con*

fundamento en sentimientos de amistad o enemistad”, y “abstenerse de otorgar rebajas, descuentos, tasas preferenciales, disminuciones o exenciones de cualquier tipo, fundados en razones de amistad o parentesco o que no correspondan con las políticas comerciales del Grupo”.

Así las cosas, la Sala también encuentra acreditada esta causa, para dar por terminado el contrato de trabajo de la actora, pues como quedó visto la accionante incurrió en las irregularidades que se le endilgaron frente a tres CDT's, sin que fuera necesario iniciar un procedimiento específico por no estar contemplado en el contrato de trabajo, reglamento interno, o convención colectiva de trabajo.

Por tanto, se considera acertada la decisión de la A Quo de tener el despido efectuado a la demandante con justa causa, como quiera que incumplió gravemente sus obligaciones, el reglamento de trabajo, y el código de ética de la empresa demandada.

Por lo brevemente expuesto, la sentencia se CONFIRMARÁ en su integridad.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

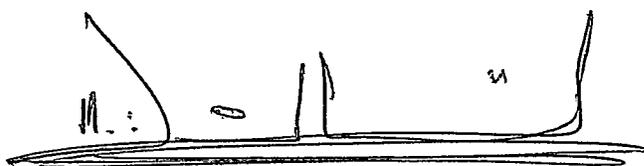
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de cada una de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 004

AUTO

Tener como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR y a estudiar en Grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **JUAN CARLOS VIGOYA TENJO** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada por el demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado en el mes de marzo de 2004 a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados, y a esta última a recibirlo sin solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (Fl. 78 a 89), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 101 a 119) contestó la demanda, se opuso a las pretensiones, declarando que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban, proponiendo en su defensa las excepciones de fondo que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** del traslado realizado por el demandante al RAIS en el mes de marzo del 2004. Ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes junto con los rendimientos causados, sin lugar a descontar suma alguna por concepto de administración y a esta última a aceptar dicho traslado y contabilizar las semanas cotizadas por el demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., señaló que lo que aquí debe determinarse es la existencia del error como vicio del consentimiento y de allí derivar las consecuencias pretendidas.

Señaló que, no se desconoce la existencia de un deber de información a cargo de las AFP, lo que se argumenta es que al actor se le brindó la información de acuerdo a las exigencias establecidas para la época de los hechos, esto es para el 2004.

Frente al formulario de afiliación como cumplimiento del deber de información, anotó que este documento es necesario y elemental como prueba en el marco de las afiliaciones a regímenes pensionales y no se trata de ningún tipo de capricho o estrategia judicial, pues este documento se estructura como prueba ad substantiam actus, contemplada en el artículo 256

del CGP, por lo que la interpretación que se le da a este material probatorio no está sujeta al arbitrio judicial, sino que es un imperativo de ley.

En cuanto a la información suficiente y el deber de información, lo que ocurre es una “tergiversación” interpretativa respecto de dicha obligación, la cual no ha escapado de los pronunciamientos jurisprudenciales, ya que para el año de 1993 no estaba determinado el hecho de que se debía brindar al afiliado unas proyecciones o simulaciones pensionales, que se le debía hablar de unas ventajas y desventajas al afiliarse al RAIS, pues las características que brindan cada uno de los regímenes pensionales son diferentes y es a partir de ello que el afiliado decide o no afiliarse.

Señaló que, tal y como fue manifestado por la parte actora, el motivo principal por el cual el afiliado quiere regresar al RPM es el valor de la mesada pensional, sin embargo, en el año 2004 él suscribió el formulario de afiliación con Porvenir S.A., aceptando todas las características de este régimen y lo que el mismo le brindaba y recordó que, para ese momento la única exigencia para tener como materializado y válido el traslado, era suscribir el formulario de afiliación.

En cuanto a la condena impuesta de devolver todos los fondos, incluidos los gastos de administración, manifestó que dichos fondos no deben devolverse, pues esa AFP ha cumplido con la obligación de administrar los dineros desde el momento en el cual se afilió a ese fondo y por lo tanto no sería dable ordenar la devolución de suma diferente a la indicada en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor estaría destinado a financiar la pensión del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico, en este caso de Colpensiones, además, la Superintendencia Financiera, en concepto con radicado No. 201915221690013000 del 17 de enero del 2020, ha

indicado que, en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar serían los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro previsional, en consideración de que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión por gastos de administración, al no corresponder estos a valores que pertenezcan a los afiliados, en ninguno de los regímenes, por cuanto no están financiando la pensión de vejez y tampoco serían parte integrante de ella, razón para descartar su imprescriptibilidad, estando sujetos al fenómeno prescriptivo contenido en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019,

Demandante: JUAN CARLOS VIGOYA TENJO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

(SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones 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 1.0 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 V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, 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 pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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. (...).”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el

Demandante: JUAN CARLOS VIGOYA TENJO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la

Demandante: JUAN CARLOS VIGOYA TENJO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad**

financiera, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“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»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el

Demandante: JUAN CARLOS VIGOYA TENJO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviera una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 08/04/1988 (fls. 24 y 83); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 26/03/2004 a través de la A.F.P Horizonte (hoy Porvenir S.A.) (fl 117); y **iii)** el día 19/09/2018 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. y en el mismo sentido elevó petición ante Porvenir S.A. (fls. 53 y 44)

Pues bien, a folio 117 del expediente se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió 26/03/2004 con la AFP Horizonte – hoy Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de recordarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Ahora bien, argumenta Porvenir S.A. en su apelación que se le resta credibilidad al formulario de afiliación suscrito por el

¹Según los cuales "la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado." SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

demandante, ya que este es el documento suficiente para demostrar el deber de información, argumento que no es de recibo pues lo que indica la jurisprudencia es que dicho documento no demuestra la información dada al afiliado al momento del traslado de régimen y con este no puede tenerse por demostrado el cumplimiento del deber de información.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado del accionante, esto es 26 de marzo del año 2004.

De otro lado ha de indicarse que, en casos como el que nos ocupa, resulta irrelevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

En cuanto al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Porvenir S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindo la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se

Demandante: JUAN CARLOS VIGOYA TENJO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor Vigoya Tenjo en el traslado que este realizó en el mes de marzo de 2004, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones, sin que sea necesario que la accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que la actora demuestre su existencia.

Así, conforme las razones expuestas en precedencia, y pese a que COLPENSIONES no participó en el acto de traslado, se encuentra obligada a recibir al demandante, pudiendo en todo caso efectuar las acciones que considere con ocasión del actuar ineficaz del fondo privado, por las razones antes expuestas. Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el a quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia

Demandante: JUAN CARLOS VIGOYA TENJO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia de la A Quo, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece: (...)

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, 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.

[...]. 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

Demandante: JUAN CARLOS VIGOYA TENJO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

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

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

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren 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 C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que se adjudican a 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.

En cuanto a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“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”*.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., al haberse resuelto desfavorablemente el recurso presentado.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL**

**SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.**, la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

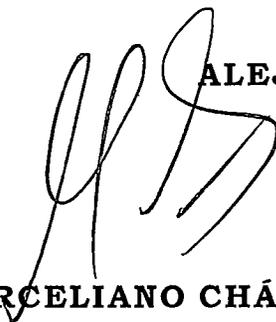
TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

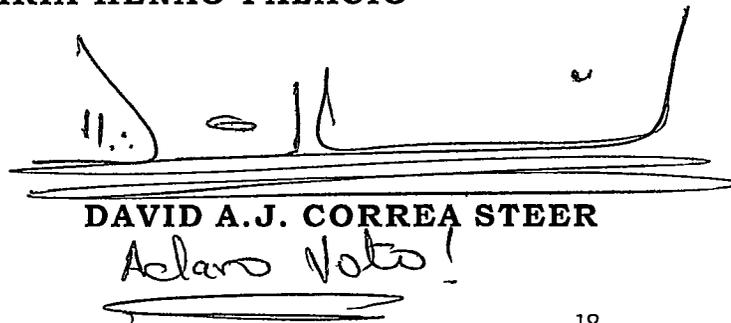
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro voto!

Código Único de Identificación: 11001310502620190001401

Demandante: JUAN CARLOS VIGOYA TENJO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000
a cargo de la demandada PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver los recursos de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora, así como estudiar en Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de julio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA OFELIA GUERRA CASTILLO** promoviese contra **COLPENSIONES, Y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la “nulidad” y/o ineficacia, o en subsidio, la inexistencia, de la afiliación que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que

COLPENSIONES reactive la afiliación de la actora y recibir los valores que sean devueltos por COLFONDOS S.A. Igualmente, solicita perjuicios morales.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado, así como que la falsa expectativa creada por los asesores del fondo privado, le generaron una incertidumbre sobre el ingreso para subsistir, un gran impacto emocional, y un estado de angustia permanente.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLFONDOS S.A. (fls.158 a 180), se opuso a las pretensiones de la demanda, afirmando que la mayoría de hechos no son ciertos o no le constan y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicio del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES** (fls. 206 a 2013), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, y la innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La A Quo dictó sentencia condenatoria el 26 de julio de 2021, declarando ineficaz el traslado de la demandante de COLPENSIONES al R.A.I.S.; y condenando a COLFONDOS S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, y a COLPENSIONES a aceptar el traslado y a contabilizar para efectos pensionales las semanas de la actora.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Señaló que se debe reconocer la condena en costas a cargo de COLPENSIONES, como quiera que resultó vencida en juicio, y se imponen únicamente por este hecho.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admitió el recurso de apelación, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149

de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y si hay lugar a imponer costas a COLPENSIONES.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el

Demandante: **MARÍA OFELIA GUERRA CASTILLO.**Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 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 V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, 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 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° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Demandante: **MARÍA OFELIA GUERRA CASTILLO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) 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 a 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.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al

afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 01 de agosto de 1988 presenta aportes, según la historia laboral obrante a folios 32 a 35; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de COLFONDOS S.A. el 26 de febrero de 2001 (fl.28); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 17 de agosto de 2018 y el 08 de noviembre de 2018, ante COLFONDOS S.A.S. y COLPENSIONES, pero le fue negada tal posibilidad por tales entidades (fls.36 a 49).

A folio 28 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 26 de febrero de 2001 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En este punto, se hace necesario aclarar que con el precedente jurisprudencial anotado no se desconoce lo establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016, puesto que conforme a dicha corporación el principio de la carga de la prueba (*onus probandi*) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos, como lo es cuando los hechos se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas); mismo escenario que argumenta la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para establecer que la carga de la prueba recae en el fondo privado.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de

CONFIRMARSE el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso COLFONDOS S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora GUERRA CASTILLO en el traslado que este realizó el 26 de febrero de 2001, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, COLFONDOS S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo de la sentencia a fin de ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, dentro de los valores que debe trasladar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes y rendimientos debe devolver los **gastos de administración** así como **las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, bonos pensionales y los descontados para el**

fondo de garantía de pensión mínima; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene 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 C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica al 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.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la pluricitada Corporación expresó: *“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».

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, y en lo referente a **COSTAS**, se considera que hay lugar a su imposición, como quiera que el numeral primero del artículo 365 del C.G.P. establece que “se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”, por lo que al resultar vencida COLPENSIONES en primera instancia hay lugar a su imposición. Por tanto, se **MODIFICARÁ el numeral quinto** de la sentencia en el sentido de ADICIONAR que también se imponen costas a COLPENSIONES.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – **MODIFICAR** el numeral **segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe trasladar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes y rendimientos debe devolver los **gastos de administración** así como **las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, bonos pensionales y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

SEGUNDO. – **MODIFICAR** el numeral **quinto** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que también se imponen **costas a COLPENSIONES**.

TERCERO. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia

CUARTO. Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

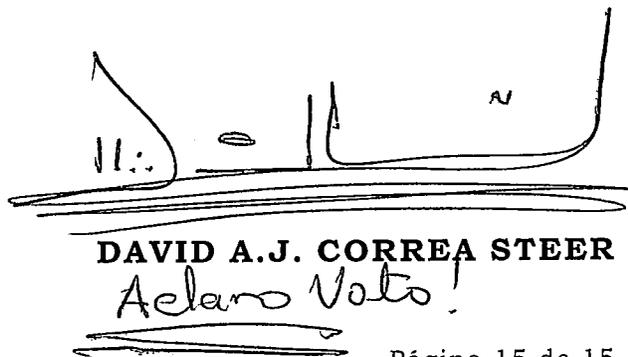
Los Magistrados,



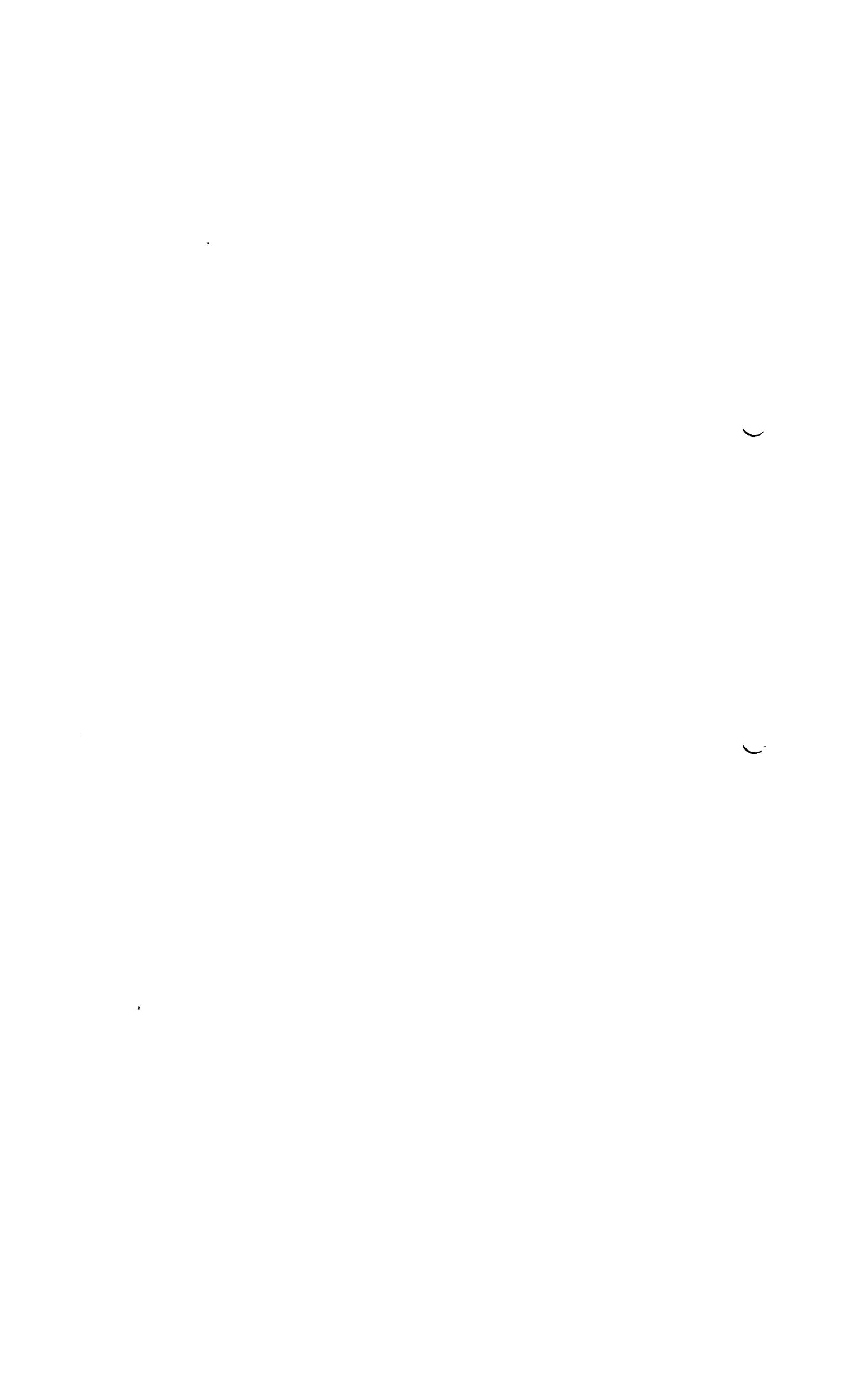
ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!



REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de junio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **AIDEMIR OSORIO ORTEGÓN** promoviese contra **EDWIN LEÓN MEJÍA, DITRANSA, SUPPLA CARGO S.A.S., y GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. CARREFOUR.** hoy **CENCOSUD COLOMBIA S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda la parte actora, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con **EDWIN LEÓN MEJÍA** entre el 28 de marzo de 2011 y el 21 de noviembre de 2011; que **DITRANSA, SUPPLA CARGO S.A.S., y GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. CARREFOUR** son solidariamente responsables de las condenas que se impongan; y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2013-00176 -02
Demandante: AIDEMIR OSORIO ORTEGÓN.
Demandado: EDWIN LEÓN MEJÍA, DITRANSA, SUPPLA CARGO
S.A.S. Y CENCOSUD COLOMBIA S.A.

que la relación laboral finiquitó unilateralmente y sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, salarios dejados de percibir, indexación, y perjuicios causados como consecuencia del accidente de tránsito que acaeció el 21 de noviembre de 2011.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, la activa argumentó que laboró al servicio de EDWIN LEÓN MEJÍA del 28 de marzo al 21 de noviembre de 2011 a través de un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de *Conductor*; que el demandado EDWIN LEÓN MEJÍA estaba afiliado a la empresa de transporte DITRANSA, que a vez sostiene una relación laboral con GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. CARREFOUR; que no le pagaron ningún tipo de acreencia laboral; que devengó la suma de \$900.000; que el 21 de noviembre de 2011, conduciendo el vehículo de placas SIB 987, asignado por EDWIN LEÓN MEJÍA, sufrió un accidente, en el que estuvo en coma craneoencefálico por diez días, y perdió su miembro inferior izquierdo; lo que ocurrió en cumplimiento de las obligaciones laborales que tenía con EDWIN LEÓN MEJÍA; que dentro de sus labores estaba la de visitar las compañías DITRANSA, SUPPLA CARGO S.A., y GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. CARREFOUR; nunca se le pagaron aportes a salud ni pensiones; cumplió horario de trabajo; y se le adeudan las acreencias laborales que pretende.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

EDWIN LEÓN MEJÍA (fls.107 a 113), contestó a través de curador ad litem, quien no presentó excepciones, señaló que no le constan los hechos y que se atiene a lo que resulte probado.

Por su parte, **DITRANSA** (fls. 121 a 132), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia total del contrato de trabajo; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción y falta de causa en las

pretensiones de la demanda; prescripción; *nemo auditur propiam turpitudinem suam alegans*; cobro de lo no debido; inexistencia de las obligaciones demandadas por falta de causa; inexistencia de la solidaridad deprecada; buena fe; abuso del derecho de litigar, lindado por la mala fe; documentos aportados por la parte actora; y la genérica.

No aceptó ningún hecho. Señaló que nunca existió contrato de trabajo entre el actor y la empresa; que hubo servicios que se prestaron a través del vehículo SIB 987, empero, que esto fue de forma ocasional; y que le incumbe al apoderado de la parte actora acreditar los supuestos que persigue.

CENCOSUD COLOMBIA S.A. (fls. 164 a 169), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, y la innominada.

Negó todos los hechos de la demanda. Indicó que nunca tuvo la obligación de pagar al actor acreencias laborales, ya que, nunca existió relación laboral con éste; que las labores prestadas por el demandante no son conexas ni inherentes a los negocios de la empresa; que el verdadero beneficiario de la obra, según lo narrado en la demanda, sería EDWIN LEÓN MEJÍA; y que nunca recibió ningún beneficio de la relación existente entre el demandante y EDWIN LEÓN MEJÍA.

Finalmente, **SUPPLA CARGO S.A.S.** (fls. 222 a 250), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de título y causa, prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, inexistencia de solidaridad por falta de estructuración de los presupuestos establecidos en el artículo 34 del C.S.T., enriquecimiento sin causa de la parte demandante, pago, compensación, buena fe, y la genérica.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2013-00176 -02
Demandante: AIDEMIR OSORIO ORTEGÓN.
Demandado: EDWIN LEÓN MEJÍA, DITRANSA, SUPPLA CARGO S.A.S. Y CENCOSUD COLOMBIA S.A.

No aceptó ningún hecho. Refirió que EDWIN LEÓN MEJÍA jamás ostentó la calidad de contratista de la empresa, requisito esencial para la configuración de la solidaridad; que sostiene relaciones comerciales con DITRANSA S.A. desde febrero de 2009, para la prestación de servicios de transporte, empero, no se encuentra nexo de causalidad entre la relación del actor con DITRANSA S.A. y SUPPLA CARGO S.A.S.; que no tiene ningún vínculo con CENCOSUD COLOMBIA S.A.; y que no existe culpa suficientemente comprobada de que el accidente que sufrió el actor fue consecuencia de prestar servicios a su favor.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 08 de junio de 2021, a través de la cual dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, indicó que del acervo probatorio recolectado, se acreditó: que si bien EDWIN LEÓN MEJÍA fue el propietario de placas SIB 987, no se tiene certeza en qué momento, pues la empresa a la que se encuentra afiliado, Rápido Humadea S.A. señala que quien aparece como propietario es John Sergio

Castillo Díaz desde el 22 de marzo de 2011; que quien conducía el anterior vehículo era el actor y que inclusive fue en este en el medio de transporte que sufrió un accidente; que de conformidad con lo anterior, no se logró acreditar la prestación del servicio a favor de EDWIN LEÓN MEJÍA, demandado principal, por demás que de conformidad con el interrogatorio de parte, éste anunció que laboró para la empresa DITRANSA, que laboró para EDWIN LEÓN MEJÍA entre 2009 y 2010, extremos temporales que no fueron discutidos en el proceso; que no es dable declarar una relación de trabajo con DITRANSA, pues el demandante requirió la declaración de contrato laboral con EDWIN LEÓN MEJÍA.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

Demandante: AIDEMIR OSORIO ORTEGÓN.

Demandado: EDWIN LEÓN MEJÍA, DITRANSA, SUPPLA CARGO S.A.S. Y CENCOSUD COLOMBIA S.A.

Textualmente en su recurso la **parte actora** señaló, que *“Los argumentos se basan exclusivamente en que la apoderada del demandante no se encuentra conforme sobre la valoración probatoria que se dio a toda la documental aportada, si bien quedó bien narrado en las consideraciones de que se explicó y se acreditó una relación laboral que se aportó en cuanto a los encomiendos, no queda duda que él era el conductor del vehículo, y pues al no declarar las pretensiones de la demanda en contra del señor Edwin León Mejía pues es claro que las otras partes no pueden ser responsables, así que el argumento va enfocado en la indebida valoración probatoria y sobre eso sustento mi apelación”*.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 08 de junio de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de DITRANSA, SUPPLA CARGO S.A.S. Y CENCOSUD COLOMBIA S.A., para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si se encuentra acreditado el contrato de trabajo entre el demandante y el señor EDWIN LEÓN MEJÍA y de ser ello así, determinar si los codemandados son deudores solidarios de las obligaciones del empleador.

DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Para determinar si la **naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral**, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i) la prestación personal del servicio; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y iii) un salario**, como retribución del servicio; y a renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.¹

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción; en sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017, dijo:

"[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia”.

Igualmente, y en relación con la acreditación de los **extremos temporales** la misma corporación en sentencia del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada en la SL16110-2015, ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora: Así adoctrinó:

“Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.

En el sub lite los demandados en ningún momento admitieron las fechas de ingreso y retiro que señaló el actor en el escrito de demanda inaugural, pues no se cuenta con confesión en este sentido, máxime cuando el Curador Ad litem que los representó al contestar el libelo demandatorio, manifestó no constarle y que se atenía a lo que se demostrara (folio 90 del cuaderno del Juzgado); y por consiguiente la carga de la prueba en el específico punto de los extremos temporales se mantuvo en cabeza del trabajador demandante, la cual no se desplazó a la parte accionada ni se invirtió, como lo quiere hacer ver la censura”.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) El 21 de noviembre de 2011, el demandante sufrió un accidente de tránsito cuando conducía el vehículo de placa SIB 987, (fls.41 a 47).
- ii) Conforme licencia de tránsito y póliza de seguros de daños corporales de Suramericana S.A. (folios 48), el vehículo de placa SIB 987 era propiedad d el señor EDWIN LEÓN MEJÍA, según licencia de tránsito y póliza de seguro

Sentadas las anteriores premisas, considera la Sala que no está acreditado el elemento de la prestación del servicio, pues en el plenario no reposa prueba alguna que dé cuenta que el demandante prestó servicios a favor del señor EDWIN LEÓN MEJÍA, pues brilla por su ausencia prueba en tal sentido, así como testimonios con los que se hubiera podido confirmar tal dicho.

En efecto, resulta preciso destacar que, si bien está acreditado que el demandante conducía el vehículo de placa SIB 987; que el 21 de noviembre de 2011, el actor sufrió un accidente de tránsito en el susodicho vehículo, dejándose constancia en el informe policial de dicho siniestro, que el dueño del vehículo era EDWIN LEÓN MEJÍA (fls.41 a 47, quien inclusive aseguró el vehículo con la empresa Suramericana S.A. por el periodo del 17 de noviembre de 2011 al 16 de noviembre de 2012 (fl.48); dicha prueba documental es insuficiente para establecer que entre el accionante y EDWIN LEÓN MEJÍA existió un contrato de trabajo.

En efecto, el acervo probatorio es insuficiente para establecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que el actor pudo prestar sus servicios al señor EDWIN LEÓN MEJÍA, pues no obra material probatorio que permita determinar en qué condiciones se llevó a cabo tal servicio por parte del trabajador, así como tampoco cuándo, cómo y dónde desempeñaba el cargo de conductor y si este servicio se ejecutaba por directriz de EDWIN LEÓN MEJÍA; por el contrario, de la documental recolectada lo único que se logra verificar es que el demandante transportó diversas cargas a nombre de la empresa DITRANSA a ALMAGRAN CARGO S.A., SUPPLA CARGO S.A., y CARREFOUR, y si bien se señala que el servicio se prestó a través del vehículo con placas SIB 987 entre el 23 de marzo al 21 de noviembre de 2011 (fls.252 a 309), esta circunstancia *per se* no permite deducir ningún tipo de servicio a favor de EDWIN LEÓN MEJÍA, pues si bien era dueño del vehículo se desconoce si el cargo de conductor lo ejercía bajo su direccionamiento o instrucción, pues contrario a ello, lo que se avizora, se reitera, es que las cargas se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2013-00176 -02
Demandante: AIDEMIR OSORIO ORTEGÓN.
Demandado: EDWIN LEÓN MEJÍA, DITRANSA, SUPPLA CARGO S.A.S. Y CENCOSUD COLOMBIA S.A.

hacían a nombre de DITRANSA a ALMAGRAN CARGO S.A., SUPPLA CARGO S.A., y CARREFOUR.

En similar sentido, en **interrogatorio de parte, el accionante manifestó que para el año 2011 le prestaba servicios a DITRANSA directamente como transportador**; que en DITRANSA era conductor y lo enviaban para Suppla y Cencosud a hacer los viajes; que no podía hacer una reclamación ante Cencosud porque era DITRANSA quien lo mandaba a hacerles servicios; que EDWIN LEÓN MEJÍA sólo afilió el carro de placas SIB-987 en DITRANSA, y él era el conductor de ese vehículo; que para que lo contrataran como conductor fue con personal de DITRANSA; que eran los jefes inmediatos de la bodega quienes le impartían ordenes, quienes pertenecían a DITRANSA; que en DITRANSA trabajó desde 2006 hasta el momento que tuvo el accidente de tránsito; y que con el señor EDWIN LEÓN MEJÍA laboró desde 2009 hasta 2011; por lo que, en tal sentido lo que se entiende es que el demandante si bien pudo prestar servicios a favor de EDWIN LEÓN MEJÍA, también lo hizo de forma "directa" y por su cuenta con DITRANSA S.A. en condición de conductor.

Así las cosas, la Sala no tiene certeza si la relación laboral que se alega, esto es, la del 23 de marzo al 21 de noviembre de 2011, fue con EDWIN LEÓN MEJÍA, pues como quedó visto, la documental que hace referencia a tales fechas, únicamente hace alusión a servicios prestados a favor de DITRANSA a ALMAGRAN CARGO S.A., SUPPLA CARGO S.A., y CARREFOUR.; y si bien hacen referencia al vehículo de placas SIB 987, que como quedó visto era de propiedad de EDWIN LEÓN MEJÍA, fue el mismo demandante quien en su interrogatorio hizo alusión a que el poder subordinante era ejercido por DITRANSA, que recibía órdenes de los jefes inmediatos de bodega, que era personal de DITRANSA.

Ahora bien, no desconoce la Sala que si bien en el interrogatorio de parte, se señaló por parte del demandante que también prestó sus servicios a favor de EDWIN LEÓN MEJÍA, no es menos cierto, se reitera, que no existe prueba que permita establecer la presunta relación laboral que se alega con éste, por la potísima

razón que no se desplegó actividad probatoria para acreditar tal prestación del servicio, se insiste, la documental que obra únicamente da cuenta servicios desplegados por el actor a DISTRANSA, frente a quien se aceptó en interrogatorio de parte que hubo una relación laboral directa.

Igualmente, valga aclarar que no se tiene certeza de que DITRANSA hubiese celebrado un contrato de transporte con EDWIN LEÓN MEJÍA durante el tiempo que se pretende en la demanda, esto es, del 28 de marzo al 21 de noviembre de 2011, y que como consecuencia de tal situación, el demandante hubiera prestado sus servicios a EDWIN LEÓN MEJÍA, pues aunado a que no obra prueba documental al respecto ni testimonios, el interrogatorio de parte del representante legal de DITRANSA es insuficiente para tal efecto, pues si bien éste aceptó que EDWIN LEÓN MEJÍA tuvo un contrato de transporte con la empresa, no informó en qué fechas ni como se desarrolló, así como tampoco si tal contratación se encontraba vigente al momento del siniestro, esto es entre el 28 de marzo y el 21 de noviembre de 2011.

Así mismo, la Sala carece de elementos para determinar los extremos temporales de la aludida relación laboral con EDWIN LEÓN MEJÍA , pues el transporte de carga efectuado por el accionante se realizaba en diversos días con solución de continuidad, por demás que contrario a lo afirmado en el recurso de apelación, el sólo hecho de acreditarse que el demandante era conductor del carro con placas SIB 987 no permite establecer que se hubiese configurado una relación laboral, pues resultaba imperativo desplegar una mayor actividad probatoria para que se pudiera determinar, no solo la actividad realizada sino además que la misma se ejecutaba en virtud del vínculo pretendido, así como las condiciones de modo, tiempo y lugar del nexo existente entre DISTRANSA y EDWIN LEÓN MEJÍA, y si fue con ocasión de este que el demandante ejecutó la actividad entre el 28 de marzo y el 21 de noviembre de 2011, de manera que se pudiera concluir la responsabilidad como empleador de EDWIN LEÓN MEJÍA de las acreencias laborales que se pretende.

Demandante: AIDEMIR OSORIO ORTEGÓN.

Demandado: EDWIN LEÓN MEJÍA, DITRANSA, SUPPLA CARGO S.A.S. Y CENCOSUD COLOMBIA S.A.

Finalmente, no sobra advertir que frente a la primera relación laboral que aduce el actor en interrogatorio de parte, con DITRANSA como verdadero empleador, la Sala está vedada para efectuar tal declaración, pues expresamente las pretensiones primera y segunda de la demanda son del siguiente tenor:

"1. Que se declare que entre el señor AIDEMIR OSORIO mi poderdante y el señor EDWIN LEÓN existió un contrato individual de trabajo".

"2. Que se declare que la sociedad COMPAÑÍA DE DISTRIBUCIÓN y TRANSPORTE S.A. DITRANSA, SUPPLA CARGO S.A., y la sociedad GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A., CARREFOUR, mayores de edad, domiciliados en la ciudad de Bogotá D.C., son solidarias en las prestaciones sociales e indemnizaciones derivadas del contrato de trabajo pactado entre mi poderdante el señor AIDEMIR OSORIO Y EDWIN LEÓN."

Así las cosas, considera la Sala que el acervo probatorio es insuficiente para determinar que EDWIN LEÓN MEJÍA obró como empleador del actor, y no resulta posible adentrarse a estudiar la presunta relación que tuvo con DITRANSA, de conformidad con las pretensiones de la demanda, última afirmación que cobra mayor fuerza, si se tiene en cuenta que esta colegiatura carece de las facultades *ultra* y *extra petita*, pues estas son exclusivas de los jueces de única y primera instancia. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, la sentencia SL4487-2021, ha dicho que:

"Respecto de la última inconformidad del ataque, esto es, la atinente a la falta de aplicación de las facultades *extra* o *ultra petita* por parte del fallador de segundo grado – Art. 50 CPTSS-, para también negarle la razón a la censura, basta con recordarle que las mismas se encuentran reservadas al juez de única y primera instancia, quienes son los llamados a utilizarlas, por regla general, en tanto, el juzgador de alzada tan solo podrá hacerlo de manera excepcional, cuando la omisión del *a quo* en su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando los hechos que originan esos derechos distintos a los pedidos hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados (CSJ SL3850-2020)".

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2013-00176 -02
Demandante: AIDEMIR OSORIO ORTEGÓN.
Demandado: EDWIN LEÓN MEJÍA, DITRANSA, SUPPLA CARGO
S.A.S. Y CENCOSUD COLOMBIA S.A.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO – Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

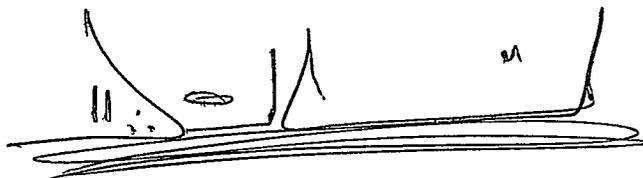
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2013-00176 -02
Demandante: AIDEMIR OSORIO ORTEGÓN.
Demandado: EDWIN LEÓN MEJÍA, DITRANSA, SUPPLA CARGO
S.A.S. Y CENCOSUD COLOMBIA S.A.

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de junio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **RUBIELA ÁVILES DE ACEVEDO** promoviese contra **MARTHA DILIA PÉREZ ROZO**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo del 10 de marzo de 2008 al 28 de febrero de 2019. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, aportes a pensión, sanción por no consignación de las cesantías, e indemnización moratoria.

Como fundamento relevante de las pretensiones, la activa argumentó que: 1) Fue vinculada mediante contrato de trabajo verbal

por parte de la demandada como empleada del servicio doméstico desde el 10 de marzo de 2008; 2) Efectuaba sus funciones de manera personal, cumpliendo horario de trabajo de lunes a viernes de 5:00 A.M. a 5:00 P.M., y excepcionalmente, sábados; 3) Devengaba el salario mínimo; 4) El 28 de febrero de 2019 presentó carta de renuncia; 5) No le han pagado las acreencias laborales que pretende; y 6) El 21 de agosto de 2019 solicitó el pago de su liquidación prestacional, y plantillas de aportes a seguridad social, sin que se hubiera emitido respuesta.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

MARTHA DILIA PÉREZ ROZO (012. 2020-029 Contestación Martha Dilia.pdf), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido, inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación, buena fe, y la innominada o genérica.

Aceptó que la demandante excepcionalmente prestaba sus servicios los días sábados sin que estuviera sujeta a ningún tipo de horario de trabajo. No aceptó los demás hechos.

Manifestó que la demandante prestaba sus servicios de manera independiente y autónoma, estableciendo los días en que podía acudir a su casa; y que la actora podía señalar los días que quería laborar, sin que por ello se le iniciara algún tipo de proceso disciplinario.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 10 de junio de 2021, a través de la cual dictó sentencia **condenatoria**, en la declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la actora en calidad de trabajadora y la demandada en calidad de

empleador por el periodo comprendido entre el 31 de diciembre del año 2008 al 28 de febrero de 2019.

En consecuencia la condenó al pago de las prestaciones sociales y vacaciones en los valores indicados en la parte resolutive de la sentencia, así como a la sanción moratoria a partir del 01 de marzo de 2019 hasta que se realice el pago total de la obligación correspondiente a \$27.603 diarios. De igual manera condenó a la demandada a pagar a COLPENSIONES los aportes a pensiones a favor de la actora, por el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2008 al 23 de marzo de 2010, tomando como salario base de cotización el salario mínimo legal mensual vigente y la condenó en costas.

En síntesis, indicó que si bien del acervo probatorio recolectado no se logra determinar con certeza que la actora laboró al servicio de la demandada en los extremos temporales que señala en la demanda, es dable declarar lo que se encontró probado siempre y cuando estén dentro de los aludidos extremos temporales; que por lo anterior, la relación laboral acreditada data del 31 de diciembre del año 2008 al 28 de febrero de 2019, pues se conoce el año en que inició el contrato de trabajo, pero no el día ni el mes; que en la contestación de la demanda se aceptó la prestación del servicio de la accionante, así como que la terminación fue el 28 de febrero de 2019.

Refirió que al existir contrato de trabajo, hay lugar al reconocimiento de salarios y prestaciones sociales, no obstante, al elevarse citación ante el Ministerio del Trabajo el 01 de octubre de 2019 a la empleadora, se tendrán como prescritas las acreencias laborales causadas con anterioridad al 28 de febrero de 2016, con excepción de las cesantías las que se hacen exigibles desde la terminación del vínculo laboral, tomando como salario el salario mínimo legal más auxilio de transporte; respecto de la prima de servicios, esta se liquida desde 2016, pues desde tal fecha nació legislativamente a favor de las trabajadoras domésticas; y que hay lugar a reconocer aportes a seguridad social en pensión, al

declararse la relación laboral, pese a que la actora se encuentra pensionada;

Concluyó advirtiendo que se debe pagar sanción moratoria, puesto que si bien durante la vigencia de la relación laboral el empleador creyó que no estaba frente a una, lo cierto es que al ser citado con posterioridad por el Ministerio de Trabajo, tuvo la oportunidad de proceder al pago de prestaciones sociales; y que la sanción moratoria se impone a partir de la fecha de terminación del contrato hasta que se haga efectivo el pago, pues el salario acreditado fue el salario mínimo legal.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

La demandada, **Martha Dilia Pérez Rozo** expuso que respecto a la mala fe se debe tener en cuenta que la accionada se encontraba en una situación económica complicada, pues es una persona de edad, su esposo falleció hace dos años, y no tenía conocimiento de lo que implicaba un contrato laboral; y que no hay certeza del contrato de trabajo, pues los testigos aseguraron que no era constante en el tiempo, no pudiéndose determinar qué días laboró la actora y cuáles no.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 11 de agosto de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de éstas, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si la relación existente entre las partes devino en una de índole laboral; y si hay lugar al reconocimiento y pago de indemnización moratoria.

DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

En materia laboral, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar las formas que presuntamente acuerdan las partes.

Ahora bien, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo¹.

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

"[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia".

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

En cuanto a la **indemnización moratoria**, esta es una sanción que se impone al empleador por la falta de pago de salarios y

prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo y consiste en un día de salario por cada día de retaso de las mismas, conforme lo dispone el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T.

Para establecer la procedencia de la indemnización descrita, la jurisprudencia laboral ha definido, de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer, si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no, de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar del todo viables o jurídicamente acertadas, sí pueden ser consideradas como atendibles (CSJ sentencia SL12854 de 24 ago. 2016 rad. 45175, SL16884-2016 y la SL3071-2018).

De esta manera, se precisa que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, Rad. 40509 y la SL1005-2021).

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

No son objeto de controversia en el proceso los hechos relativos, a la efectiva prestación de servicios de la demandante en favor de la demandada, la condena al pago de las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social ni el salario devengado (el mínimo mensual), por cuanto la decisión de primer grado no fue apelada en tales aspectos.

Tampoco es objeto de discusión en esta instancia, que el día 28 de agosto de 2019, la demandante Rubiela Avilés de Acevedo elevó solicitud ante el Ministerio del Trabajo para lograr el pago de prestaciones sociales y vacaciones a cargo de Martha Dilia Pérez

Rozo, no obstante, ésta última no compareció ante tal entidad (fls.7 a 10).

Pues bien, al juicio comparecieron en calidad de **testigos** las señoras Julieth Natalia Acevedo Avilés, Blanca Dibia Arévalo Zambrano, Edil Alfonso Malambo Cuelga, Patricia Elcira Pérez Rozo, David Santiago Patiño Pérez, y Martha Viviana Páramo Pérez, quienes manifestaron:

Julieth Natalia Acevedo Avilés afirmó que la demandante era su madre; que esta fue empleada del servicio doméstico de la demandada desde el 2008; que la actora tenía un horario de trabajo de lunes a viernes y, esporádicamente, los sábados; que su mamá realizaba el aseo, barría, trapeaba, aspiraba, lavaba baños, cocinaba, sacaba la mascota, entre otras; que en algunas ocasiones la demandada tenía reuniones familiares y a su madre le tocaba quedarse horarios extras o trabajar los sábados; que recibía un pago diario al principio, y después fue cada ocho días; que la demandante recibía entre \$40.000 y \$45.000 el día; que estuvo como cuatro o cinco veces en la casa de la actora; que su madre salía temprano de la casa, y debía estar donde la demandada entre las 5:00 A.M. y las 6:00 A.M., si no llegaba entre esas horas, la accionada se comunicaba con la testigo para preguntar por su madre; que la demandante dejó de prestar sus servicios para marzo de 2019, ese día tuvo una complicación de salud, y como recomendación del médico se indicó que no podía seguir trabajando; que los dineros faltantes para obtener la pensión de su mamá salieron del trabajo que hacía con la demandada; que durante el tiempo que la actora le trabajó a la accionada, no prestó servicios en otro lugar; y que en diciembre, la demandada le pedía que se acercara a la casa que tenían los familiares del señor Humberto (el esposo de la demandada) para cuidar a su mamá, hacer labores de aseo, cambio de pañales, alimentación, aseo de la casa que es dos pisos, y lavado de ropa.

Por su parte, **Blanca Dibia Arévalo Zambrano**, manifestó que fue compañera de trabajo de la actora por cuanto fue aseadora del

conjunto donde ella trabajaba; que conoció a la actora en el 2005; que la actora trabajaba en los quehaceres del apartamento 602 de la torre 2; que ese apartamento era de la demandada y de *don Humberto*; que sólo entró una vez al apartamento por orden de la demandada para ver si su marido le pintaba el apartamento, lo que ocurrió en el 2010; que desconoce la remuneración de la actora; que trabaja de lunes a sábado en el conjunto, y veía todos los días de la semana a la actora, a excepción del sábado; que la actora se fue de donde la demandada porque se enfermó; que salió de trabajar del conjunto en el 2017; y que veía que la actora entraba y salía llevando mandados, el perro o con la niña.

Edil Alfonso Malambo Cuelga señaló ser guarda de seguridad en el Edificio de Santa Cruz de Salitre desde el 25 de febrero del 2008; que en tal edificio conoció a la demandante; que la actora era empleada doméstica de la demandada; que la actora asistía al apartamento de la demandada todos los días, de lunes a viernes, y muy de vez en cuando iba los sábados; que a veces, su turno era de 6:00 A.M. a 6:00 P.M. porque su turno era de 12 horas, pero que cuando estaba de noche también estaba 12 horas desde las 6:00 P.M.; que a veces a las 6:00 P.M., la actora no se había ido; que no sabe la remuneración de la actora; que vio que la demandada le daba órdenes a la actora, inclusive llamaba a la portería, para ver si ella no había llegado; que en ocasiones la demandada llamaba para pedirle que cuando llegara la actora le enviara el periódico con ella; que no sabe hasta qué año prestó los servicios la actora porque laboró como guarda de seguridad hasta el 31 de octubre del 2016; y que la actora llegaba a las 5:00 A.M., pero cuando tenía turno de día, era su compañero quien le daba ingreso.

Patricia Elcira Pérez Rozo afirmó ser la hermana de la demandada; que a veces visitaba a su hermana entre semana y a veces veía a la actora haciendo los quehaceres de una empleada doméstica: que vio a la demandante varias veces, pero no tan frecuentemente como para saber qué hacía ella; que cuando iba a almorzar quien hacía el almuerzo era la actora; que no sabe qué remuneración recibía la demandante; que tiene entendido que la

actora dejó de prestar los servicios a su hermana, por estar enferma; que lo anterior ocurrió a principios de 2019; que no sabe qué funciones tenía la actora, pero hacía la labor de cocinar y arreglar el apartamento; que era el esposo de la demandada, Humberto, quien dejaba el dinero para que le pagara a la actora; que no sabe quién le daba las órdenes a la actora, supone que su hermana y su esposo, por su condición de empleadores; que antes del 2015, no sabe quién hacía el aseo en casa de su hermana; que antes del 2015 no vivía en Bogotá; y que desconoce el horario de la demandante.

David Santiago Patiño Pérez afirmó ser sobrino de la demandada; distinguir a la demandante porque la veía cuando iba donde la demandada; que la actora colaboraba con el servicio; que cree que lo anterior, era una o dos veces por semana; que él iba a visitar todos los días a su tía, almorzaba allá porque trabajaba al frente; que quien hacía el almuerzo la mayoría de las veces era su tía y cuando estaba la actora, ella le colaboraba; que iba entre las 12:00 M y la 1:00 P.M.; que laboraba en el Hotel Sheraton entre 2017 y 2018; que antes de trabajar en el hotel, iba a visitar a su tía dos o tres veces a la semana; que conoció a la demandante cuando se fue a vivir a Bogotá en noviembre de 2016, laborando a partir de enero de 2017; que no sabe qué remuneración recibía la actora ni quién le pagaba; que las veces que vio a la demandante no sabe quién le dio órdenes porque sólo iba en el lapso del almuerzo y de carrera; y que no sabe porque la actora se retiró de laborar con la demandada.

Finalmente, **Martha Viviana Páramo Pérez** señaló que la demandada es su madre; que conoce a la demandante porque trabajó durante un tiempo con su mamá, como nueve años; que no sabe por qué la demandante dejó de prestar sus servicios a la actora; que las funciones de la demandante eran domésticas, limpiando, alimentación, etc.; que vivió con su mamá hasta el año 2014; que la demandante iba esporádicamente, intermitentemente; que no sabe la remuneración de la actora; que a la actora le pagaba Humberto, el esposo de su mamá; que cuando la demandante iba esporádicamente quien daba las órdenes era su mamá, pero ella ya sabía qué tenía que hacer; que después del 2014 no sabe con qué frecuencia visitaba

la actora a su mamá; que la relación era de prestación de servicios porque era de días; y que tiene formación jurídica.

Pues bien. De conformidad con lo anterior, para la Sala es claro que la demandante laboró al servicio de la demandada como empleada doméstica entre 2008 y el 28 de febrero de 2019, tal y como lo estableció la A Quo, pues la totalidad de testigos son coincidentes en afirmar la prestación del servicio de la accionante a favor de la demandada como empleada doméstica del hogar conformado por Martha Dilia Pérez Rozo y su esposo Humberto (sic), señalando que la subordinación la ejercía, la primera.

En ese orden, la controversia se sitúa en determinar si el servicio prestado por la demandante era intermitente como lo sostienen los testigos David Santiago Patiño Pérez, y Martha Viviana Páramo Pérez, o era continuo como lo aseveran Julieth Natalia Acevedo Avilés, Blanca Dibia Arévalo Zambrano, y Edil Alfonso Malambo Cuelga.

Al respecto, la Sala en virtud de lo establecido en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, estudió de manera rigurosa los testimonios de Julieth Natalia Acevedo Avilés por su condición de hija de la actora, y de Patricia Elcira Pérez Rozo David Santiago Patiño Pérez, y Martha Viviana Páramo Pérez, por cuanto son familiares de la demandada, esto es, hermana, sobrino e hija, respectivamente; encontrando que tan sólo el testimonio de Julieth Natalia Acevedo Avilés encuentra asidero en algún otro medio probatorio, como lo son, las declaraciones de Blanca Dibia Arévalo Zambrano, y Edil Alfonso Malambo Cuelga, quienes en sus condiciones de empleada doméstica y guarda de seguridad del conjunto residencial donde la actora prestaba sus servicios, fueron contestes en informar que la labor de la accionante era de lunes a viernes y ocasionalmente los sábados, así como que cumplía un horario de 5:00 A.M.- 6:00 A.M. a 6:00 P.M.

En consecuencia, la Sala comparte la decisión del A Quo, que declaró la existencia de una relación laboral continua entre las partes

desde 2008 hasta el 28 de febrero de 2019, máxime si se tiene en cuenta que según la declaración del señor David Santiago Patiño Pérez este sólo iba por el lapso del almuerzo, Martha Viviana Páramo Pérez informó que tenía formación jurídica y encaminó su dicho a establecer que la actora prestaba su labor mediante un contrato de prestación de servicios, y la señora Patricia Elcira Pérez Rozo informó que vio a la demandante varias veces, luego los racionamientos del A Quo para fijar los extremos del litigio se encuentran ajustados a la prueba militante en las diligencias y a lo adocinado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, en aquellos casos donde resulta posible aproximar los extremos temporales del vínculo.

Finalmente, y en relación con **indemnización moratoria**, analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta de la empleador, no obra prueba de la que se pueda desprender que actuó exenta de mala fe, esto es, no se advierten pruebas que den cuenta que la demandada hubiere tenido interés en reconocer las diferentes acreencias laborales que le reclama la demandante, por el contrario, lo que se verifica es una intención de ésta de encubrir la existencia de una relación laboral, así como de señalar que la prestación del servicio era intermitente, cuando lo cierto es que fue habitual y permanente durante más de diez años; circunstancia de la que no se logra determinar que se obró de buena fe.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

VI. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de los demandados.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL**

**DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE
DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO – Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

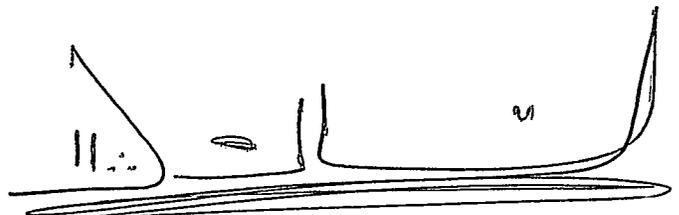
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de cada una de la demandada.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2017-00791 -01
Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.
Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por SALUDCOOP E.P.S. EN LIQUIDACIÓN, y E.P.S. CAFESALUD EN LIQUIDACIÓN contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de julio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que GINA MARÍA CASTAÑEDA promoviese contra I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S., y E.P.S. CAFESALUD.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare que I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA actuó como simple intermediaria en la relación laboral que sostuvo con SALUDCOOP E.P.S. y E.P.S. CAFESALUD. Como consecuencia de

lo anterior, solicita se declare que su verdadero empleador fue SALUDCOOP E.P.S. y E.P.S. CAFESALUD entre el 16 de agosto de 2006 y el 18 de julio de 2016; que las demandadas deben reconocer de forma solidaria, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones, causadas en la liquidación final del contrato laboral; indemnización por despido sin justa causa; y sanción moratoria.

Subsidiariamente, solicita la declaratoria de un contrato de trabajo con I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA entre el 16 de agosto de 2006 y el 18 de junio de 2016, y sea ésta quien asuma el pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, e indemnización moratoria.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** El 16 de agosto de 2006 fue contratada por I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA mediante contrato a término indefinido para desempeñar el cargo de Analista de Operaciones; **2)** El 01 de junio de 2008, I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA celebró contrato de mandato con SALUDCOOP E.P.S. y E.P.S. CAFESALUD; posteriormente, el 13 de abril y el 15 de agosto de 2014, celebró contrato de mandato con SALUDCOOP E.P.S. y E.P.S. CAFESALUD, respectivamente; **3)** I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA era el operador logístico de las E.P.S. demandadas para garantizar los procesos de afiliación, recaudo, compensación, y en general todas las actividades relacionadas con el desarrollo de la gestión para garantizar la prestación del servicio público de salud; **4)** Fue contratada para desarrollar actividades del giro ordinario de los negocios de las E.P.S. demandadas; **5)** Mediante Resolución 2414 de 2015 se declaró la liquidación de SALUDCOOP E.P.S., por lo que pasó a prestar sus servicios a favor de CAFESALUD E.P.S.; **6)** A.I.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA no pudo continuar la relación laboral por falta de recursos, por lo que, la terminó de manera unilateral; **7)** El 24 de octubre de 2016, A.I.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA radicó

Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.

Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.

solicitud de proceso de liquidación, el que se determinó como forzoso el 14 de diciembre de 2016; y **8)** El 15 de febrero de 2017 fue desalojada la sede donde A.I.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA prestaba sus servicios por falta de pago; el 10 de marzo de 2017 fue nombrada como liquidadora María Inés Fonseca Quiroga, quien renunció el 27 de abril del mismo año; el 21 de abril de 2017 fue suspendido el proceso de liquidación, el que se reanudó el 22 de marzo de 2018; y por el desalojo del 15 de febrero de 2017, el liquidador ordenó la reconstrucción de las reclamaciones presentadas por acreedores y trabajadores.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Mediante auto del 15 de marzo de 2019 se tuvo por **NO CONTESTADA** la demanda de I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA (fl.520).

Por su parte, **CAFESALUD E.P.S.** (fls. 491 y 506), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación, prescripción, y temeridad o mala fe.

Aceptó que en virtud del contrato de mandato del 01 de junio de 2008, A.I.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA. prestó servicios a E.P.S. CAFESALUD y SALUDCOOP E.P.S. No aceptó los demás hechos.

Adujo que la demandante fue contratada por la empresa A.I.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA; que SALUDCOOP E.P.S. no ejerce ninguna situación de control sobre ella; que las labores que ejecutan las E.P.S. demandadas son disimiles; que no tiene injerencia de ninguna clase sobre A.I.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA; que A.I.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA pactó

Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.

Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.

asumir por su cuenta y riesgo las actividades que se encontraban dentro de su objeto social; que nunca impartió órdenes a la demandante; y que no es dable predicar unidad de empresa, ya que, las E.P.S. demandadas gozan de autonomía financiera y sus activos son propios.

Finalmente, **SALUDCOOP E.P.S.** (fls. 581 a 584) de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia obligación indemnizatoria a cargo de SALUDCOOP E.P.S. hoy En liquidación y cobro de lo no debido, inexistencia de responsabilidad solidaria, y la genérica.

Aceptó que en virtud del contrato de mandato del 01 de junio de 2008, A.I.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA. prestó servicios a E.P.S. CAFESALUD y SALUDCOOP E.P.S.; y que mediante Resolución 2414 de 2015 ingresó en liquidación. No aceptó los demás hechos.

Indicó que la actora no tiene ni ha tenido vínculo laboral de ninguna naturaleza con la E.P.S.; que A.I.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA era la encargada de reclutar personal para efectuar las distintas labores ante la E.P.S.; que la normatividad legal no establece que una empresa matriz sea responsable de las obligaciones de sus subordinadas; que su actuar no es asimilable al de un beneficiario de obra, para que se pueda deprecar solidaridad;

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 10 de junio de 2021, a través de la cual dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.

Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.

PRIMERO: DECLARAR que, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, entre la demandante y SALUDCOOP E.P.S. EN LIQUIDACIÓN; y la E.P.S CAFESALUD S.A, EN LIQUIDACIÓN, existió una verdadera relación laboral, como empleadoras; siendo I.A.C GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, una simple intermediaria en la ejecución del trabajo pactado a término indefinido. Comprendido este, entre el 16 de agosto del 2006 al 18 junio del dos mil 2016; y que fuera terminado de manera unilateral por parte de I.A.C GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN sin justa causa y conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR solidariamente a I.A.C GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, SALUDCOOP E.P.S. EN LIQUIDACIÓN, y la E.P.S CAFESALUD S.A; al reconocimiento y pago a favor la demandante las siguientes sumas y por los siguientes conceptos:

- Cesantías \$981.588
- Intereses a las Cesantías \$54.641
- Prima de Servicios \$981.588
- Vacaciones \$2'521.566
- Indemnización por despido sin justa causa \$14'698.363

TERCERO: CONDENAR a I.A.C GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, SALUDCOOP E.P.S. EN LIQUIDACIÓN, y la E.P.S CAFESALUD S.A, al reconocimiento y pago a favor la demandante de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., en una suma equivalente a \$50'713.466,00, causada por los primeros 24 meses, que generados al término de la relación laboral, entre el 19 de junio del 2016 al 18 de junio del 2018, y a partir del mes 25, es decir el 19 de junio del 2018, se reconocerá y pagara el valor de los intereses moratorios a la tasa máxima legal, certificadas por la superintendencia financiera y que se causaran hasta cuando se reconozca y pague la totalidad de la condena impuesta en esta decisión

CUARTO: DECLARAR la responsabilidad solidaria de SALUDCOOP E.P.S. EN LIQUIDACIÓN y la E.P.S CAFESALUD S.A, siendo verdaderas empleadoras, e I.A.C GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, una simple intermediaria. En razón de lo cual serán obligadas en solidaridad al reconocimiento y pago de las condenas impuestas, en esta decisión con motivo de la ejecución de la relación laboral existente con la demandante.

QUINTO: CONDENAR en costas de la instancia a cargo de las demandadas, SALUDCOOP E.P.S. EN LIQUIDACIÓN, la E.P.S CAFESALUD S.A. EN LIQUIDACIÓN, y I.A.C GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, fijando como agencias en derecho la suma equivalente de dos SMLMV, en contra de cada una de ellas, y en favor de la demandante. Líquidese por secretaria, incluyendo el valor de los gastos de defensa y representación desplegados por la doctora ESMERALDA SÁNCHEZ FIERRO en calidad de apoderada judicial de oficio, designada por el despacho a la sociedad I.A.C GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN.

SEXTO: El ORIGEN de esta OBLIGACIÓN es de índole LABORAL; DEBERÁ SER UN CRÉDITO PRIVILEGIADO Y DEBERÁ SER MANEJADO COMO TAL, dentro y en cada uno de los procesos liquidatorios que se adelanten con las demandadas, SALUDCOOP E.P.S. EN LIQUIDACIÓN; la E.P.S CAFESALUD S.A EN LIQUIDACIÓN; y con I.A.C GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN; dado el origen laboral de las condenas impuestas en esta decisión.

Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.

Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.

En síntesis, indicó que se encuentra acreditado que la demandante fue contratada por I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA el 16 de agosto de 2006, y que dicha relación finiquitó el 18 de junio de 2016, de manera unilateral y sin justa causa; y que según Resolución 125015813 del 25 de octubre de 2013 emitida por la Superintendencia de Sociedades, en investigación administrativa determinó que el Grupo Saludcoop es empresa matriz de I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, pues que tiene un capital accionario superior al 50%, esto es, 70%.

Adujo que de los comprobantes de nómina, contrato de trabajo, contrato de mandato celebrado entre las demandadas, es dable establecer que la demandante prestó sus servicios tanto a E.P.S. CAFESALUD como a SALUDCOOP E.P.S., y que I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA era una intermediaria, la encargada de suministrar personal a favor de las E.P.S. demandadas; que lo anterior, se ratifica con el interrogatorio de parte de la demandante; que conforme a lo expuesto, son solidariamente las demandadas responsables, pues las funciones de la actora están relacionadas con el objeto social de las E.P.S. demandadas.

Finalmente, señaló que a la actora le asiste el reconocimiento de prestaciones sociales y vacaciones, con el consecuente pago de la indemnización por despido sin justa causa; que no operó el fenómeno de la prescriptivo, ya que la relación laboral finiquitó el 18 de junio de 2016 y se demandó el 19 de diciembre de 2017; que se debe pagar indemnización moratoria, puesto que fue clara la intención de las E.P.S. de ocultar la existencia de un contrato de trabajo con ellas; que al demandarse dentro de los 24 meses, hay lugar a sanción moratoria hasta los 24 meses, y a partir del mes 25, intereses moratorios; que no es dable limitar el pago de la sanción moratoria con ocasión de la liquidación de las demandadas, pues se hicieron exigibles con anterioridad a tal escenario.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

SALUDCOOP E.P.S.

Señaló que la actora nunca fue su trabajadora, no suscribió contrato de trabajo, por el contrario, fue contratada por I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, quien gozaba de autonomía administrativa, técnica y financiera; que no era quien remuneraba a la actora; que para 2016 ya se encontraba inmersa en el proceso de liquidación forzosa, por lo que, el personal únicamente se reducía a personal dirigido al proceso liquidatorio; que conforme a la Ley 222 de 1995, las empresas sometidas en un grupo empresarial, conservan su autonomía y asumen sus propias obligaciones, por lo que no se puede deprecar solidaridad; que sólo se puede pedir unidad de empresa, cuando todas las personas realizan actividades conexas, similares o complementarias, sin embargo, el objeto social de las demandadas era diferente; y que no existe norma que establezca que una empresa matriz deba ser responsable de las obligaciones de sus subordinadas, por demás que las funciones de la actora difieren con su objeto social.

E.P.S. CAFESALUD.

Manifestó que del acervo probatorio se logra desprender que el personal de I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA se encontraba únicamente a cargo de ésta, inclusive hay documental en la que se conmina a su personal que se retire de E.P.S. CAFESALUD, en virtud de la terminación contractual; que entre la actora y I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA se celebró un contrato de trabajo, que era ésta última la que pagaba aportes a seguridad social, la que dio terminación al contrato de trabajo, por demás que fue ante ésta entidad, que la demandante se presentó para reclamar su liquidación; que la accionante está supeditada a lo que se resuelva en el proceso liquidatorio; que no puede ser tenida como

Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.

Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.

solidaria, ya que, es una empresa subsidiaria de Saludcoop, no responde por sus obligaciones así como tampoco por las de I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA; que no se desprende que tuviera la facultad para solicitar trabajadores en misión; que no hay unidad de empresa, pues era una empresa autónoma, sus activos son propios, no dependía del grupo Saludcoop; y que Saludcoop únicamente dirige su objeto social a lo relacionado con su proceso de liquidación, y que E.P.S. CAFESALUD lo hace en promoción al servicio de salud.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora, E.P.S. CAFESALUD, y SALUDCOOP E.P.S, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar, si había lugar a declarar la existencia de un contrato realidad entre el actor y las E.P.S. CAFESALUD, y SALUDCOOP E.P.S, por ser beneficiarias del servicio de la actora, o existir unidad de empresa con I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA; y si las demandadas deben reconocer en solidaridad las acreencias laborales objeto de condena.

**DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD
SOBRE LAS FORMAS - UNIDAD DE EMPRESA Y GRUPO
EMPRESARIAL -.**

En materia laboral, el **principio de la realidad sobre las formas** consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio; y a renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.¹

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción.
(ver Sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en
la SL12872-2017).

En este sentido, si se encuentra acreditado que el verdadero
empleador celebró a través de un tercero con la finalidad de
lograr la exoneración de responsabilidad frente a sus labores, el
empleador no se libera de sus obligaciones contractuales
laborales ante el trabajador, pues **sigue siendo el verdadero
empleador, y el tercero resulta ser un simple intermediario**
frente al trabajador, de conformidad con el artículo 35 del C.S.T.
En sentencia SL3003-2020, se señaló:

“Por tanto, frente al trabajador, no produce efectos el acuerdo
que realice un empleador con un tercero para modificar el
contrato de trabajo y transferir trabajadores con la exoneración
de su responsabilidad frente a las obligaciones que tiene para
con el trabajador derivadas del contrato de trabajo. De tal suerte
que, si se hace un acuerdo como este, el empleador no se libera
de sus obligaciones contractuales laborales ante el trabajador,
él sigue siendo el verdadero empleador, y el tercero resulta ser
un simple intermediario frente al trabajador, de conformidad con
el artículo 35 del CST.

El precitado artículo 35 define a los simples intermediarios como
aquellas personas que contratan los servicios de otras para
ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un
empleador. En su numeral 2°, prescribe que se consideran
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 beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o
conexas con el mismo”.

Por otra parte, la **unidad de empresa** se encuentra regulada
en el artículo 194 del C.S.T. subrogado por el artículo 32 de la
Ley 50 de 1990, y para su existencia se debe acreditar el
predominio económico de la sociedad principal sobre las filiales
o subsidiarias, así como la ejecución de actividades económicas
similares, conexas o complementarias.

Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.

Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.

En relación con el predominio económico que debe demostrarse en el proceso, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que no se trata simplemente de un control societario sino de una interrelación de carácter económico y participación accionaria de la sociedad principal o matriz sobre las filiales o subsidiarias. Así, en sentencia SL6228-2016, al estudiar la **distinción entre unidad de empresa y grupo empresarial**, se puntualizaron los aspectos propios de este control de capital que exige la primera de las figuras referidas, así:

“Tratándose de la existencia de varias personas jurídicas involucradas en la contienda, que es lo que interesa en estricto rigor a este proceso, ambos preceptos legales refieren a una empresa principal, matriz o controlante y a otras subordinadas que son las filiales o subsidiarias. Dicha «subordinación» o «dependencia», a la luz de la norma del Código Sustantivo de Trabajo, únicamente se presenta cuando la matriz derive su control o dirección del denominado predominio económico, elemento que necesariamente debe concurrir para configurar la unidad de empresa; mientras que en lo regulado por el Código de Comercio puede surgir o depender ese control financiero y administrativo incluso sin predominio de capital o mayoría accionaria, pues lo importante para que nazca el grupo empresarial además de la subordinación es la unidad de propósito y dirección.”

El Consejo de Estado al referirse al **requisito de predominio económico en la unidad de empresa**, en sentencia de la Sec. Segunda del 8 mar. 1994, rads. 5933 y 5934 (acumulados), señaló:

«(...) no siempre que en una unidad de explotación económica tengan injerencia varias subordinadas, hay unidad de empresa con la matriz, pues mientras que la subordinación puede depender de un control financiero o administrativo sin predominio de capital, éste si es el factor determinante en la unidad de empresa. Las subordinadas integrarán unidad empresarial con la matriz únicamente cuando ésta derive su control o dirección de su predominio económico (...).

Para que se configure dicho predominio económico de la sociedad principal sobre la subsidiaria (...) se requiere que aquella posea más del 50% del capital y ello al tenor del artículo 261, numeral 1° del C. de Co. puede suceder directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas».

Así las cosas, en los términos del art. 194 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el art. 32 de la L. 50 de 1990, cuando la declaratoria de unidad de empresa recae sobre personas jurídicas, no basta la existencia de una unidad de explotación

Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.

Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.

económica, y la ejecución de actividades similares, conexas, o complementarias, sino que también se requiere contar con la prueba del predominio económico de la sociedad principal sobre las filiales o subsidiarias, para el caso a través de las personas jurídicas y no por medio de sus socios individualmente considerados. En cambio en materia comercial, conforme al art. 260 del C.Co. y la Ley 222 de 1995 arts. 26 y 28, los elementos que obligatoriamente deben concurrir para la existencia del grupo empresarial, son la subordinación, dependencia o control societario, y además la unidad de propósito y dirección.

En este orden de ideas, no siempre que se esté en presencia de un grupo empresarial conformado por una sociedad principal o matriz y varias subordinadas, necesariamente hay unidad de empresa, ya que se hace indispensable verificar en todos los casos el factor del predominio económico o relación de dependencia económica que exige el mandato laboral, que lo comprende tanto la participación accionaria como el control financiero y administrativo entre las sociedades, común y recíproco, que lleve a inferir que las subsidiarias se encuentren directamente sometidas a la controlante, además que todas ellas deben cumplir actividades similares, conexas o complementarias.

La Sala en sentencia de la CSJ, 16 dic. 2009, rad. 32212, rememoró que «la unidad de empresa, conforme a la jurisprudencia de esta Corte, consiste en el “reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en el ley o en las convenciones colectivas. La sentencia que declare la unidad de empresa vincula no solo a la sociedad que el demandante considere como matriz, sino también a las que aparezcan como filiales de aquella para la procedencia de declaratoria de unidad de empresa y poder predicarla respecto de varias personas jurídicas, es menester establecer la interrelación económica que se presenta entre las implicadas para los efectos vinculantes conforme a la ley” (Sentencia de 21 de abril de 1994, radicación No. 6047)».

Del mismo modo, es del caso recordar que el efecto jurídico de la declaratoria de unidad empresarial, es tener a las varias personas jurídicas, o las varias unidades de una misma persona natural o jurídica, como una sola empresa, en beneficio del trabajador, con miras a que éste pueda obtener el reconocimiento y pago de acreencias laborales que están a cargo de la empresa.

Es por ello, que cuando concurre el citado elemento del predominio o dependencia económica, es dable entrar a declarar administrativa o judicialmente la unidad de empresa, siendo una de las consecuencias jurídicas propias de esta figura, que se haga derivar responsabilidad laboral de dichas sociedades sobre las acreencias reconocidas o a reconocer a los trabajadores.

(...) Sin embargo, el ad quem en lo que si cometió un yerro jurídico fue al concluir que con la verificación de la unidad de propósito y dirección entre la sociedad matriz y la subordinada que consagra el art. 28 de la L. 222 de 1995 (que como quedó

Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.

Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.

visto es uno de los elementos pero del grupo empresarial), era posible dar por acreditado en este caso el predominio económico como elemento fundamental para concebir la unidad de empresa prevista en el art. 194 del CST; lo que llevó a que dicho Juzgador no analizara en detalle el caudal probatorio aportado al plenario concerniente a este punto, y se remitiera únicamente a la valoración probatoria que en su momento llevó a cabo la Superintendencia de Sociedades -no para declarar la unidad de empresa sino el grupo empresarial que tiene diferente finalidad y objetivo-, cuando lo correcto era haber verificado la existencia del mencionado predominio o dependencia económica.

Lo anterior significa, que la Colegiatura no tuvo en cuenta que la sola comprobación de los elementos propios de la figura de grupo empresarial en el derecho comercial, per se no demuestra con suficiencia el elemento esencial del predominio económico en materia laboral a efectos de declarar la unidad de empresa, y en tales condiciones resulta fundado el ataque por la vía directa." (subraya la Sala).

Con fundamento en lo anterior, quien pretenda la declaratoria de unidad de empresa debe ocuparse de demostrar que la subordinación de las sociedades filiales respecto de la principal, se deriva de un predominio del capital, que se evidencia en la participación accionaria y en el control financiero y administrativo entre las sociedades. Además, también se debe demostrar la ejecución de actividades similares, conexas o complementarias.

Con similares argumentos, la misma corporación explicó que la unidad de empresa no es una subordinación administrativa únicamente en cuanto a la vinculación o desvinculación de personal la que se requiere, sino que debe evidenciarse una dependencia de carácter monetario o de capital respecto de la sociedad principal, para que pueda hablarse de la existencia de una única unidad de explotación económica. Es, entonces, la demostración de la unidad patrimonial la que logra la declaración de una unidad de empresa, tal como se afirmó en sentencia del 31 de agosto de 2010 rad. 32060 reiterada en la SL6313-2016, al precisarse:

"[...] como se dijera por la Corte en sentencia CSJ SL, 31 ago. 2010, rad. 32060, la unidad de empresa para efectos laborales, (...) propende por impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador, a través de la fragmentación del capital o del tiempo

Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.

Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.

necesario para acceder a algunas prestaciones o beneficios establecidos en la ley o en las convenciones colectivas.

Su finalidad inequívoca es la de evitar que, mediante el expediente de constituir diferentes sociedades dotadas de personalidad jurídica, se oculte o simule la verdadera realidad económica en detrimento del trabajador, a los efectos de hacerla prevalecer, a plenitud, con toda su rica gama de consecuencias jurídicas.

Afirmar la existencia de una unidad económica y, en tránsito por esa vía, romper la apariencia de varios dueños, que se presenta a través del fraccionamiento del capital, para establecer la unidad patrimonial de la explotación económica, es el trascendental designio de la declaratoria de unidad de empresa.

El efecto jurídico de su declaratoria, por los senderos administrativos o judiciales, es tener a las varias personas jurídicas, o las varias unidades de una misma persona natural o jurídica, como una sola empresa, en beneficio del trabajador, con miras a que éste pueda obtener el reconocimiento y pago de prestaciones que sólo están a cargo de una empresa". (subrayado por la Sala)

DEL CASO EN CONCRETO.

No son materia de controversia los hechos relativos a que: *i)* Gina María Castañeda celebró contrato de trabajo a término indefinido con I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA para desarrollar el cargo de *Analista de Operaciones Nacional*; relación laboral que se extendió del 16 de agosto de 2006 al 18 de julio de 2016 (fls.32); *ii)* Los días 01 de junio de 2008, y 13 de abril y 15 de agosto de 2014, la sociedad I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA celebró contrato de mandato con E.P.S. CAFESALUD y SALUDCOOP E.P.S. con la finalidad de realizar actividades de organización de documentos; recepción, clasificación, y entrega de información y documentación interna; archivo de datos; gestión y trámite del proceso integral de cuentas médicas; captura y validación de datos de formularios de afiliación, de novedades, y de autoliquidaciones, entre otras (fls. 39 a 181); *iii)* El 21 de octubre de 2011, la Superintendencia de Sociedades, en consideración a su facultad oficiosa de iniciar investigación oficiosa, estableció que CAFESALUD E.P.S. se encuentra en situación de control y grupo empresarial con SALUDCOOP E.P.S., misma situación que acaece sobre I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, en donde

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2017-00791 -01
Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.
Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.
SALUDCOOP E.P.S. tiene una participación social del 70% (fls. 291 a 312); **iv)** Mediante Resolución 2414 del 24 de noviembre de 2015, ordenó la toma de posesión y la intervención forzosa para liquidar SALUDCOOP E.P.S. (fls.561 a 576); **v)** El 14 de diciembre de 2016 se ordenó por parte de la Superintendencia de Economía Solidaria la liquidación forzosa de I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA (fls.325 a 340); **vi)** El 22 de julio de 2019 se ordenó la liquidación forzosa de CAFESALUD E.P.S. (fl.536 a 540); **vii)** El 18 de julio de 2016, SERVICOPAVA le comunicó a la actora que su contrato de trabajo terminaría el 30 del mismo mes y año, por la terminación de la oferta mercantil que dio origen al puesto de labor asociativa (fls.22 a 27, 35); **viii)** El 03 de mayo de 2018, SERVICOPAVA solicitó a la Superintendencia de Economía Solidaria su disolución y liquidación (fls. 736 a 738); y **ix)** El 06 de marzo de 2020 se declaró terminada la existencia y representación legal de I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA (19. Informa imposibilidad de nombrar apoderado.pdf).

Pues bien. En ese sentido, y de manera preliminar, es importante anotar se encuentra acreditado que la actora suscribió un contrato de trabajo del 16 de agosto de 2006 al 18 de julio de 2016 con I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA; no obstante, la parte actora afirma que prestó sus servicios personales para las E.P.S. CAFESALUD y SALUDCOOP, desempeñando actividades bajo la continuada subordinación y dependencia de éstas.

Visto lo anterior, fuerza en este punto establecer si en el presente proceso obró una intermediación o tercerización laboral, bajo la óptica del **simple intermediario**, como quiera que I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA no tiene la naturaleza de pre cooperativa o cooperativa de trabajo asociado, ni la de una empresa de servicios temporales, pues de los contratos de mandato se logra establecer la realización de actividades especializadas para prestar un determinado servicio, recuérdese que la dicha empresa fue contratada por E.P.S. CAFESALUD y

Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.

Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.

SALUDCOOP E.P.S. con la finalidad de realizar actividades de organización de documentos; recepción, clasificación, y entrega de información y documentación interna; archivo de datos; gestión y trámite del proceso integral de cuentas médicas; captura y validación de datos de formularios de afiliación, de novedades, y de autoliquidaciones, entre otras (fls. 39 a 181)

Ahora bien, niegan los apoderados de SALUDCOOP E.P.S. y E.P.S. CAFESALUD que estas empresas hubiesen contratado directa o indirectamente a través de intermediarios a la demandante para que le prestara servicios personales, además, fueron enfáticas en sostener que nunca ha existido relación o vínculo laboral bajo ninguna modalidad, y que, su empleador es una persona jurídica independiente, esto es, I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA.

Así las cosas, la Sala se remite a la prueba documental encontrando que en comprobante de nómina de mayo de 2016 de la demandante se establece como centro de costos a **CAFESALUD E.P.S.** (fl.33); y que CAFESALUD E.P.S. mediante comunicación del 16 de julio de 2016, señaló que se anexaba relación de 24 trabajadores que en virtud del contrato mandato celebrado con I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA dejarían de prestar sus servicios el 15 de julio de 2016, entre los que se encuentra la actora (fls. 212 y 213).

De esta manera, es claro que la demandante se encontraba prestando sus servicios para CAFESALUD E.P.S. al 15 de julio de 2016, en virtud del contrato de mandato que celebró con I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, acuerdo que se reitera tuvo por objeto, realizar actividades de organización de documentos; recepción, clasificación, y entrega de información y documentación interna; archivo de datos; gestión y trámite del proceso integral de cuentas médicas; captura y validación de

Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.

Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.

datos de formularios de afiliación, de novedades, y de autoliquidaciones, entre otras; funciones que por demás hacen parte del objeto social de CAFESALUD E.P.S., puesto que conforme a certificado de existencia y representación legal, dicha entidad tiene a su cargo la realización de todas las actividades propias de una E.P.S., lo que de suyo incluye promover afiliaciones, sus novedades laborales, así como organizar y registrar toda la información que tenga que ver con estos. Al punto, se rememora que el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 señala:

“ARTÍCULO 177. DEFINICIÓN. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley”.

Por tanto, es dable establecer que la accionante prestó servicios y que desarrolló servicios en provecho de CAFESALUD E.P.S., a quien en consecuencia le correspondía desvirtuar que las funciones que desplegó la actora no eran subordinadas; no obstante, brillan por su ausencia pruebas que permitan establecer tal situación, pues no obra alguna que permita determinar que las órdenes, la potestad disciplinaria, la imposición de horarios, entre otras, deviniesen de quien era su presunto empleador, I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA; por lo que, en tales condiciones y ante la insuficiencia probatoria, es dable tenerla como verdadera empleadora, tal y como lo determinó la juzgadora de primera instancia.

En el punto debe señalarse que el argumento relativo a que en el contrato de mandato suscrito entre CAFESALUD E.P.S. e I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, se estableció que ésta última ejecutaría su actividad, asumiendo los riesgos, con sus propios medios, con libertad y autonomía técnica; en realidad resulta

insuficiente para establecer que la E.P.S. CAFESALUD no fue la entidad que ejerció el poder subordinante, pues de aquello no se logra derivar que fuera I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA la sociedad que en la realidad ejercía subordinación a la demandante, pues de su literalidad, lo único que se desprende es que podía desarrollar su objeto social con autonomía, lo que no implica *per se* que el personal que se utilizara para tal efecto estuviera únicamente condicionado a las órdenes de dicha empresa. Además, tal cláusula no pasa de ser una mera formalidad, pues en la cláusula segunda del contrato No. DNC-CF-0383-2014 se acordó entre las instituciones que “*el mandato que por este contrato se celebra es con representación, por lo que EL MANDATARIO actúa por cuenta y nombre de CAFESALUD E.P.S” (fl.56 a 59).*

Así mismo, en el proceso está acreditado que I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA se vio avocada a solicitar al Ministerio de Trabajo permiso para efectuar un despido colectivo de aquellos trabajadores que estaban prestando sus servicios en la E.P.S. CAFESALUD y CRUZ BLANCA E.P.S., en virtud de que el contrato de mandato terminó de manera unilateral, de lo que se desprende la importancia de tal contratación para I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA hasta el punto que sin estas, era inevitable la ocurrencia de despidos colectivos (fls.362 a 379), así como su liquidación, como posteriormente sucedió.

Lo señalado permite establecer, que existió un contrato de trabajo entre la demandante y CAFESALUD E.P.S. y que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA fungió como simple intermediaria, advirtiéndose, que con el acervo probatorio obrante en el informativo, no se logra desvanecer el elemento de la subordinación, por lo que para todos los efectos es dable entender que uno de los empleadores de la convocante fue CAFESALUD E.P.S., tal y como lo señaló la A Quo.

Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.

Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.

Por otra parte, y en lo que respecta a **SALUDCOOP E.P.S.**, no se puede perder de vista que el 21 de octubre de 2011, la Superintendencia de Sociedades, en consideración a su facultad oficiosa de iniciar investigación, estableció que CAFESALUD E.P.S. se encontraba en situación de control y grupo empresarial con SALUDCOOP E.P.S., y que ésta tenía una participación social sobre I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, del 70% (fls. 291 a 312); lo que de entrada permite establecer sin duda alguna, que ejercía predominio económico sobre I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, uno de los elementos relevantes para determinar que podría existir responsabilidad de ésta entidad, en virtud de la figura de la **unidad de empresa**

No obstante, según la parte resolutive del Acto Administrativo 20161400007565 de 14 de diciembre de 2016 proferido por la Superintendencia de Economía Solidaria, "*por la cual se ordena la liquidación forzosa administrativa de la Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa en Liquidación Voluntaria*", SALUDCOOP E.P.S. fue retirada como asociada en virtud de la liquidación forzosa administrativa en la que está incurso esa entidad desde el 25 de noviembre de 2015 (fls.325 a 340). Puntualmente se dejó sentado en dicho acto administrativo:

"En uso de sus facultades legales, la Superintendencia Delegada para la supervisión del Ahorro y la Forma Asociativa Solidaria ordenó según oficio 20163100108921 del 14 de junio de 2016, una visita de inspección , motivada por la solicitud radicada bajo el No. 20164400140092 de fecha 31 de mayo de 2016, suscrita por la representante legal de la fecha, quien informa sobre el retiro de dos de los tres asociados IAC Acción y Progreso y Efectiva CTA, que conforman la organización solidaria Institución Auxiliar del Cooperativismo Gestión Administrativa **y el retiro forzoso de la EPS SALUDCOOP por encontrarse adelantando un proceso de liquidación forzosa administrativa**" (Negrillas de la Sala).

En ese orden de ideas, es dable concluir que **hasta el 24 de noviembre de 2015**, se ejerció predominio económico por parte de SALUDCOOP E.P.S. frente a I.A.C. GESTIÓN ADINISTRACIÓN, pues fue en esta fecha que ésta entidad entró en intervención

forzosa para ser liquidada (fls.561 a 576). En consecuencia, SALUDCOOP E.P.S. es sólo responsable de las obligaciones laborales surgidas hasta tal fecha, pues con posterioridad SALUDCOOP E.P.S. y I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, ya no constituían la misma unidad de explotación económica, por lo que, desde tal data, no es dable deprecar que se benefició de los servicios de la actora.

Lo anterior, por cuanto valga decir que, ningún otro elemento indicativo de predominio económico que detentara SALUDCOOP E.P.S. sobre I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, emerge del examen cuidadoso de los demás elementos de juicio incorporados al plenario con posterioridad al 24 de noviembre de 2015.

En consecuencia, y dado que las acreencias laborales que se exigen son las de la liquidación final del contrato de trabajo (fl.34), esto es, conforme al cálculo efectuado por I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, la prima de servicios del 01 al 18 de julio de 2016, las cesantías del 01 de enero al 18 de julio de 2016, los intereses a las cesantías del 01 de enero de 2016 al 18 de julio de 2016, indemnización por despido sin justa causa y sanción moratoria- las que se hacen exigibles como consecuencia de la terminación del vínculo laboral y la falta de pago de salarios y prestaciones sociales al finiquito contractual-, no es dable imponerle tales condenas a SALUDCOOP E.P.S., pues como quedó visto para tal fecha ya no ejercía predominio económico sobre I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA.

Ahora bien, y en cuanto a las vacaciones, se observa de la liquidación final del contrato de trabajo (fl.34), que se adeudan las causadas entre el 16 de agosto de 2013 y el 18 de julio de 2016, por lo que, la única acreencia laboral que sería exigible a SALUDCOOP E.P.S. serían las vacaciones causadas por los periodos del 16 de agosto de 2013 al 15 de agosto de 2014, y del 16 de agosto de 2014 al 15 de agosto de 2015, no siendo así con

Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.

Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.

las del 16 de agosto de 2015 al 18 de julio de 2016, pues como quedó visto SALUDCOOP E.P.S. ingresó en liquidación el 24 de noviembre de 2015; acreencia que sólo es dable imponer si se encuentra acreditado que I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA efectuaba actividades anexas, similares, o complementarias a SALUDCOOP E.P.S., segundo requisito para considerar la existencia de unidad de empresa.

Así las cosas, la Sala observa el certificado de existencia y representación de I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, encontrando que en su objeto social se establece que presta servicios de gestión administrativa, comercial y jurídica, en especial de entidades promotoras de salud, por medio de outsourcing, adelantando todo el proceso de afiliación, recaudo, compensación, contratación, planeación y en general, toda actividad desarrollada con el servicio público de la seguridad social (fls. 4 a 11); en consecuencia, es claro que las funciones de dicha entidad son conexas a las de SALUDCOOP E.P.S., quien como quedó visto, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, es una entidad responsable de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de cotizaciones.

Aunado a ello, en el certificado de existencia y representación legal de SALUDCOOP E.P.S. se establece que tiene como objeto social, la afiliación y el registro de afiliados del sistema general de seguridad social en salud y el recaudo de sus cotizaciones, y que su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del servicio de salud (fls.12 a 21).

De esta manera, para la Sala es claro que SALUDCOOP E.P.S. además de obrar como matriz de I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, ejercía labores conexas, por lo que, es dable determinar por tal situación que ostentaban la calidad de unidad de empresa, y en consecuencia que fueron unidad de explotación económica hasta que ingresó en proceso de liquidación ante su

Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.

Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.

retiro como sociedad subordinante, por lo que, en consecuencia, por esta vía es dable predicar su responsabilidad empresarial, que como quedó visto, únicamente sería dable frente a las vacaciones causadas por los periodos del 16 de agosto de 2013 al 15 de agosto de 2014, y del 16 de agosto de 2014 al 15 de agosto de 2015, los que equivalen a la suma de \$2'116.000.

Por lo anterior, se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de ACLARAR que SALUDCOOP E.P.S. en virtud de la figura de la unidad de empresa ostentó la calidad de empleador de GINA MARÍA CASTAÑEDA por el periodo del 16 de agosto de 2006 al 24 de noviembre de 2015.

Así mismo, se **MODIFICARÁN los numerales segundo y cuarto** de la sentencia en el sentido de ACLARAR que SALUDCOOP E.P.S. es solidariamente responsable, en virtud de la figura de la unidad de empresa, del pago de las vacaciones causadas por los periodos del 16 de agosto de 2013 al 15 de agosto de 2014, y del 16 de agosto de 2014 al 15 de agosto de 2015.

Igualmente, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE el numeral tercero** de la sentencia, en cuanto se condenó a SALUCOOP E.P.S. del reconocimiento y pago de indemnización moratoria, para en su lugar absolverla del reconocimiento de dicha sanción.

Finalmente, en cuanto a la existencia de un proceso **liquidatorio**, no sobra recordar que si bien las reglas establecidas en este tipo de procesos son de carácter universal y tienen como fundamento el principio de igualdad entre los acreedores, desarrollado a través de la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo a cargo de la entidad correspondiente, y que tienen un procedimiento según el cual los acreedores deben hacerse parte, para que su acreencia sea graduada y calificada según el orden de prelación definido por la ley, ello, no quiere decir que la facultad de los jueces de la

Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.

Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.

república para conocer el asunto bajo análisis riña con las normas que orientan el proceso de liquidatorio, pues aquello no pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino que tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que, por lo mismo, podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio.

Entonces, al tratarse de un proceso que se adelantó con el lleno de los requisitos legales, se tiene que no afecta el trámite concursal ni las acreencias eventuales de otros acreedores, pues se reitera, lo que se busca con el presente trámite es imprimir certeza a ese derecho, requisito sin el que no es procedente exigir su efectividad, aunado a que la misma en todo caso la decisión que profiera, deberá respetar las reglas establecidas en el proceso de liquidación que se adelanta contra la convocada a juicio.

Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL416-2021, aseveró:

“Por otra parte, es infundado sostener, como lo hace la impugnante, que la actora debió hacerse presente en la liquidación de la entidad si consideraba que existía una obligación en su favor, pues, precisamente lo que procuró al promover el proceso judicial que ahora se examina, fue que se declarara la existencia de la relación laboral, y de contera, del crédito a cargo de la enjuiciada. En todo caso, importa destacar que el inicio del proceso liquidatorio de una entidad pública no es impedimento alguno para que sus trabajadores concurren a los jueces, con el objeto de propender por que se declaren judicialmente las garantías laborales que les han sido desconocidas”.

Así las cosas, resulta dable a través de este proceso pretender se otorgue certeza acerca de las acreencias laborales que se causaron a favor de la demandante, tal y como se pretendió.

VI. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de CAFESALUD E.P.S. Las costas de primera instancia deberán ser adecuadas de conformidad con las modificaciones y revocatorias realizadas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de ACLARAR que **SALUDCOOP E.P.S.** en virtud de la figura de la **unidad de empresa** ostentó la calidad de empleador de GINA MARÍA CASTAÑEDA por el periodo del 16 de agosto de 2006 al 24 de noviembre de 2015.

SEGUNDO. - **MODIFICAR los numerales segundo y cuarto** de la sentencia en el sentido de ACLARAR que **SALUDCOOP E.P.S.** es solidariamente responsable, en virtud de la figura de la unidad de empresa, del pago de las **vacaciones** causadas por los periodos del 16 de agosto de 2013 al 15 de agosto de 2014, y del 16 de agosto de 2014 al 15 de agosto de 2015, esto es, por la suma de \$2'116.000.

TERCERO. - **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero** de la sentencia, en cuanto se condenó a **SALUDCOOP E.P.S.** del reconocimiento y pago de **indemnización moratoria**. En su lugar, se **ABSUELVE** del reconocimiento de dicha sanción.

Demandante: GINA MARÍA CASTAÑEDA.

Demandado: I.A.C. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, SALUDCOOP E.P.S.,
y E.P.S. CAFESALUD.

CUARTO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

QUINTO - Costas en esta instancia a cargo de E.P.S. CAFESALUD.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

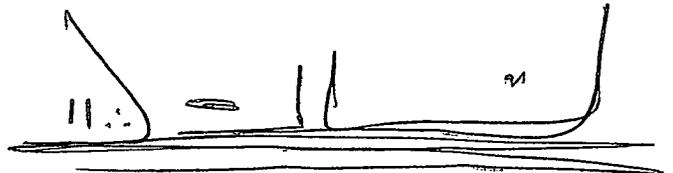
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de E.P.S. CAFESALUD.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la A.R.L. MAPFRE SEGUROS S.A. e INDRA COLOMBIA LTDA., contra la sentencia proferida el 09 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral que **LUZ MARYI PARRA SUÁREZ** promoviese contra la **A.R.L. MAPFRE SEGUROS S.A. y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora en nombre de su hija Angie Katherine Bejarano Parra, pretende se modifique la calificación del origen del accidente que acaeció el 18 de agosto de 2015. Como consecuencia de lo anterior, que se califique el accidente como de origen laboral, y que se ordene a

A.R.L. MAPFRE SEGUROS S.A. dar cobertura a todas las prestaciones económicas y de salud derivada del accidente aludido.

Como fundamento relevante de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Angie Katherine Bejarano Parra labora con INDRA COLOMBIA LTDA. desde septiembre de 2013, en el cargo de Consultor; **2)** la trabajadora estaba afiliada en riesgos laborales a A.R.L. MAPFRE SEGUROS S.A., y en pensiones a COLFONDOS S.A.; **3)** En junio de 2015, presentó carta de renuncia a su empleador, sin embargo, no fue aceptada tal terminación por parte de su empleador, y éste le ofreció el cargo de Project Manager, a partir del 01 de julio de 2015; **4)** El 18 de agosto de 2015, Angie Katherine Bejarano Parra debía asistir a una capacitación asignada por su empleador para ejercer su nuevo cargo, para lo que debía desplazarse a la sede de la calle 93 con carrera 160; **5)** La primera sesión de la capacitación finalizó a las 11:45 A.M., debiendo acudir a la sede administrativa de su empleador ubicada en la Calle 93 con carrera 13 por su nuevo carnet, el que pudo reclamar hasta las 2:15 P.M.; **6)** Después de recibir el carnet procedió a desplazarse a su sede habitual de trabajo, ubicada en la Calle 57 #6-35, para lo que tomó transporte público alrededor de las 2:30 P.M.; **7)** Al momento de pedir su parada, el conductor del bus abrió las puertas traseras del vehículo, no detuvo la marcha, y tras una maniobra brusca de frenado, Angie Katherine Bejarano Parra salió expulsada del vehículo, lo que le produjo graves heridas, trauma craneoencefálico severo y politraumatismo; **8)** Angie Katherine Bejarano Parra había recibido autorización para desplazarse por su carnet el 22 de julio de 2015, mediante correo electrónico; **9)** El empleador reportó el accidente a la A.R.L. MAPFRE SEGUROS S.A.; **10)** El 30 de septiembre de 2015 A.R.L. MAPFRE SEGUROS S.A. rindió concepto técnico sobre el origen del accidente, señalando que era de origen laboral; **11)** El grupo calificador de la misma A.R.L. presentó concepto de objeción, por lo que el 13 de noviembre de 2015, es remitida para efectuar una

calificación de su estado de salud, sin tener en consideración que se encontraba en tratamiento que requería su hospitalización, y dedicación exclusiva a fin de obtener su rehabilitación, por lo que no pudo tener conocimiento de tal objeción; y 12) Las secuelas y patologías no están siendo cubiertas por la A.R.L.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (fls. 145 a 194) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó la demandante omitió agotar el procedimiento administrativo de calificación establecido por la ley para la determinación del origen del accidente de fecha 18 de agosto de 2015; la demandante no solicitó calificación en segunda oportunidad por medio de las Juntas de Calificación Regional y Nacional; no se tiene certeza de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el accidente de fecha 18 de agosto de 2015 y en consecuencia no es posible determinar que se trata de un accidente de origen laboral; la demandante incumplió las obligaciones que tenía como trabajadora con la empresa Indra Colombia Ltda.; la demandante fue debidamente notificada de la carta de objeción de fecha 13 de noviembre de 2015 remitida por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.; la demandante no tiene derecho al reconocimiento, pago de prestaciones económicas y asistenciales por concepto de riesgos laborales por cuanto su accidente no fue calificado como de origen laboral; prescripción extintiva de la obligación surgida por el contrato de seguros; prescripción de las obligaciones laborales; buena fe; excesiva tasación y falta de prueba de los perjuicios solicitados del demandante - (sustentación a la objeción al juramento estimatorio); caducidad, prescripción, compensación y nulidad relativa; y la genérica.

No aceptó ningún hecho. Indicó que dentro de los protocolos que debe seguir la empresa INDRA COLOMBIA LTDA., se encuentra el de hacer uso del servicio de transporte en taxi; y que la única misión que tenía la demandante era asistir a su capacitación, la que finalizó a las 11:34 A.M., sin que sea claro que la demandante estuviera adelantando gestiones para lograr la consecución de un nuevo carnet.

Señaló que el concepto del 30 de septiembre de 2015 se trata de un concepto preliminar elaborado con la información que el empleador había reportado hasta esa fecha; que mediante comunicación del 22 de octubre de 2015, se añadieron nuevos elementos de juicio, por lo que se puso a disposición de la actora la carta de objeción el 14 de noviembre de 2015; que durante el término otorgado, diez días, la actora no manifestó ninguna inconformidad con la carta de objeción, quedando esta en firme; y que la carta de objeción se comunicó a la representante de la actora, quien tenía poder general otorgado por ésta.

Finalmente, refirió que las acciones emanadas de un contrato de seguro se extinguen a los dos años; y que las acciones laborales tienen un término de prescripción de tres años, de modo que, al ocurrir el siniestro el 18 de agosto de 2015 y notificarse la demanda el 27 de marzo de 2019, operó tal fenómeno.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (fls. 321 a 338), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, existencia de un accidente de origen laboral, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, buena fe, compensación y pago, prescripción, y la innominada o genérica.

No aceptó ningún hecho. Explicó que los dictámenes proferidos por las entidades de seguridad social no son prueba solemne y, en consecuencia, pueden ser objeto de demanda; que el dictamen del 30 de septiembre de 2015 se concluyó que el accidente que padeció la actora era laboral, por demás que este sobrevino con ocasión del trabajo, pues los traslados que ocurrieron el 18 de agosto de 2015 fueron con ocasión a órdenes emitidas por su empleador.

Explicó que el 19 de enero de 2018 la Compañía de Seguros Bolívar S.A. en su calidad de aseguradora de seguro previsional de COLFONDOS S.A. emitió dictamen, señalando que la actora tenía una pérdida de capacidad laboral del 40,83%, con fecha de estructuración 21 de julio de 2017, de origen común; que la actora manifestó inconformidad y la Junta Regional de Calificación de Invalidez estableció que la actora tenía una pérdida de capacidad laboral del 53,91% derivada de un accidente de origen común, con fecha de estructuración 18 de agosto de 2015; y que actualmente se encuentra en trámite la decisión de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

2.1 VINCULACIÓN INDRA COLOMBIA LTDA.

Mediante auto del 22 de noviembre de 2019 se vinculó al contradictorio a **INDRA COLOMBIA LTDA.** (fl.446), quien de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones las de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de título y de causa en las pretensiones de la demanda, buena fe, compensación, y prescripción.

Aceptó que la demandante es su trabajadora desde septiembre de 2013, y que reportó el accidente a la administradora de riesgos laborales. No aceptó los demás hechos.

Adujo que la actora laboró hasta el 08 de septiembre de 2016, quien finiquitó tal relación de manera libre y voluntaria; que el propósito de la capacitación era brindar a la demandante inducción y entrenamiento en una herramienta propia de un proyecto en el que estaba participando; que la capacitación inició a las 9:00 A.M. y finalizó a las 11:34 A.M.; que la demandante no había sido autorizada para reclamar su carnet ni se conocía tal particularidad; que en la investigación del accidente se concluyó que se desconocían las actividades que había emprendido la actora entre las 11:34 A.M. y las 3:38 P.M., hora en que salió de la sede de la empresa; que por lo anterior, no se cumple con los requisitos para catalogar el accidente laboral, pues la actora desarrolló actividades por fuera de su órbita de trabajo.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 28 de mayo de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que el accidente sufrido por la demandante, es de origen laboral.

SEGUNDO: CONDENAR a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. a reconocer y pagar a la actora la pensión de invalidez de origen profesional a partir del 18 de agosto de 2015, fecha en la cual deberá estimar el reconocimiento de la prestación conforme lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 776 de 2002, cifra que deberá ser reajustada hasta el 03 de noviembre de 2017, fecha a partir de la cual deberá reconocer el retroactivo pensional, sobre 13 mesadas en forma indexada desde la exigibilidad de cada mesada pensional hasta que se haga el pago de la obligación.

TERCERO: ABSOLVER a COLFONDOS S.A. y a la vinculada a juicio INDRA COLOMBIA S.A.S.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

En síntesis, refirió que no existe controversia en cuanto a la existencia de una relación laboral entre ANGIE KATHERINE BEJARANO PARRA e INDRA COLOMBIA LTDA., así como que el 18 de agosto de 2015, la primera sufrió un accidente de trabajo; y que para la fecha del accidente estaba vigente la Ley 1562 de

2012, por lo que, esta norma resulta aplicable para verificar si se está frente a un accidente de trabajo.

Señaló que está demostrado que la actora se trasladó de sede el 18 de agosto de 2015 para recibir una capacitación, la que finalizó a las 11:34 A.M., y que a las 3:30 P.M. acaeció el siniestro; que de conformidad con los testigos Nelson Soriano y Rafael Fernández, sobre las 12:00 M. del 18 de agosto de 2015, se reunieron con la actora para almorzar, y que posteriormente, ésta acudió por su carnet a la sede de la empresa ubicada en la calle 96 con carrera 13, después de la 1:00 P.M., lugar donde se encontraron con el testigo Juan Pablo Leiton; que luego de tal situación, Rafael Fernández informó que acompañó a la actora a tomar transporte público sobre las 2:00 P.M.; que la obtención del carnet había sido autorizada por el empleador el 22 de julio de 2015, por lo que, resulta viable que el 18 de agosto de 2015 se hubiera acercado la actora a reclamarlo; que si bien no está aprobada la orden de que la demandante podía recoger su carnet el 18 de agosto de 2015, lo cierto es que la decisión de la actora de acudir por su carnet no fue caprichosa, pues contaba con la autorización para su retiro, actuar que se generó en razón del trabajo propio de la actora, pues sin este no se podía acceder fácilmente a las sedes de la empresa demandada y era necesario para que pudiera prestar en debida forma sus servicios; que los testimonios de Paola Cuevas y Aide Mendoza son insuficientes para establecer que el accidente de la actora no acaeció como consecuencia de un accidente de trabajo, pues son insuficientes sus explicaciones, al tratar de señalar que la ruta en la que sucedió el siniestro, no pasaba cerca del lugar donde estaba siendo capacitada y que estaba haciendo unas diligencias para lograr estudiar en el extranjero, pues frente al primer suceso, ciertamente resulta razonable que la actora subiera hasta la carrera 7 a tomar el bus, en vez de tomarlo en una vía más cercana para no tener que caminar, y frente al segundo, no pasó de ser un mismo rumor, tal y como las mismas testigos señalaron; que ante las políticas de tomar taxi como medio transporte, se

observa un desinterés de parte de sus jefes inmediatos pese a conocer que la actora debía trasladarse a una capacitación de otorgar medio de transporte; y que por lo anterior, el accidente de la actora es de origen laboral.

Explicó que al ser el accidente de la actora de origen laboral la llamada a reconocer las prestaciones económicas a favor de la actora es la administradora de riesgos laborales; que dicha pretensión al ser declarativa no es objeto de prescripción, por demás que con ella se busca acceder a una pensión de invalidez; que al tener la actora una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, ésta tiene derecho a una pensión de invalidez, lo que se hace de conformidad con las facultades ultra y extra petita; y que al ser reconocidas incapacidades hasta el 03 de noviembre de 2017, deberá reconocerse la pensión desde esta fecha al resultar incompatible con el reconocimiento de incapacidades.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

MAPFRE SEGUROS S.A. señaló que la demandante no tenía una orden directa para acudir por su carnet, pues la única indicación que tenía era la de asistir a la capacitación y posterior a ello, retornar a sus actividades laborales; que no existe prueba de que la trabajadora hubiera informado qué actividad estaba realizando luego de terminar la capacitación, existiendo un vacío en cuanto a lo que hizo entre las 11:00 A.M. y el reporte del accidente; que ninguno de los testigos pudo dar certeza de la entrega de un nuevo carnet, por demás que no se puede desprender que dicha diligencia fuera propia de sus funciones; que dentro de las investigaciones realizadas por la A.R.L. y el empleador, nadie manifestó las circunstancias fácticas relacionadas con su carnet, por demás que ella solicitó el cambio de este por deterioro, no por no tenerlo, por lo que, podía seguir prestando sus servicios en la sede de la 57; que no se puede modificar la fecha de estructuración que estableció la Junta Regional de Calificación de Invalidez, pues en este se tienen en

cuenta secuelas adicionales al accidente acaecido; y que por lo anterior, no habría lugar a reconocer pensión de invalidez desde la fecha mencionada en el proceso, pues sólo hasta este proceso se está declarando que tiene derecho a tal prestación.

INDRA COLOMBIA LTDA. expuso que se parte de una premisa equivocada al establecer que la carga de la prueba le asiste a MAPFRE SEGUROS S.A. o al empleador, pues quien debe acreditar los supuestos de hecho que se persiguen, es la trabajadora; que el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994 tiene una presunción legal referente a que todo accidente que no ha sido calificado se presume que es de origen común, y que todo dictamen tiene presunción de legalidad; y que al existir tales presunciones a quien le corresponde acreditar los supuestos de hecho contrarios es a la demandante.

Señaló que un accidente de trabajo puede ser por causa o por ocasión, el primero, es una causa directa, y el segundo, indirecta; que no se presenta la primera porque la actora no estaba haciendo sus labores y se accidentó; que no se presenta la segunda, se desvirtúa, porque ninguno de los testigos manifestó que tenía autorización, lo que le correspondía allegar a la parte demandante; que se está frente a un contrato de trabajo, en el que emerge subordinación, sin que por el hecho de estar cerca, ésta se podía desplazar, la actora tenía la orden de devolverse y retornar a su sede habitual, lo que sólo ocurrió cuatro horas después; que la actora siempre manifestó que tuvo una pérdida de memoria, y resulta increíble que ahora sí la tenga, y que un testigo no le haya dicho a la familia que se encontró con ella, especialmente su compañero sentimental; que el carnet se había pedido un mes atrás, esto es, un tiempo considerable, lo que indica que no había urgencia de carnet, únicamente fue por deterioro; que del chat de Germán Cortés queda en evidencia la contradicción de la demanda con lo que ocurrió, pues en el primero, se menciona que estaba en capacitación, y en la

segunda, recogiendo su carnet; y que la asignación horizontal del cargo fue dada desde julio de 2015.

Agregó que no hubo cumplimiento de las políticas de vales, lo que rompe el nexo de causalidad para determinar que se está frente a un accidente de origen laboral; que el dicho de Rafael Hernández carece de sentido, pues señala que dejó a la actora a las 2:00 P.M. y el accidente acaeció a las 3:38 P.M., empero, no hay un trayecto de una hora; y que debe ser revisado el uso de las facultades ultra y extra petita que hizo el juzgador.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte demandada, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si es dable considerar que el accidente que acaeció el 18 de agosto de 2015 es de origen laboral; y si fueron indebidamente aplicadas las facultades ultra y extra petita por el juzgador de primera instancia.

DETERMINACIÓN DEL ORIGEN DE UN ACCIDENTE DE TRABAJO.

El accidente de trabajo se encuentra definido en el artículo 3° de la Ley 1562 de 2012, norma que establece:

“ARTÍCULO 3o. ACCIDENTE DE TRABAJO. Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función.

De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión.

De esta manera, como quiera que toda actividad que desarrolla un trabajador en una empresa está expuesta a un riesgo, cuando se materializa dicho riesgo, estamos ante un accidente de trabajo.

Igualmente, existen situaciones especiales que pueden ser catalogadas como accidente de trabajo, como el que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, aún fuera del lugar y horas de trabajo; el que se produce durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa cuando el transporte lo suministra el empleador; el que ocurre durante el ejercicio de la función sindical; y el que se produce por la ejecución de actividades

recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria.

Ahora bien, especial atención merece el inciso primero del artículo en estudio, al referirse que es accidente de trabajo aquel que sobrevenga **por causa o con ocasión del trabajo**, lo que significa conforme a la sentencia SL2582-2019, que en el primer caso, el accidente es derivado de forma directa por el desarrollo de la labor y de actividades relacionadas, y en el segundo, el accidente tiene una causalidad indirecta, es en virtud de un vínculo de oportunidad o de circunstancias, entre el hecho y sus funciones. En la sentencia aludida señaló:

“el accidente que ocurre con causa del trabajo se refiere a una relación directa derivada del desarrollo de la labor para la cual se contrató al trabajador y las actividades relacionadas con la misma; mientras que, con ocasión del trabajo, plantea una causalidad indirecta, es decir, un vínculo de oportunidad o de circunstancias, entre el hecho y las funciones que desempeña el empleado.

Ahora, la Corte no desconoce que existen casos en los que se dan circunstancias externas que pueden romper el nexo de causalidad que debe establecerse entre el siniestro y el ámbito laboral, pero estas deben ser acreditadas en el proceso.

Desde esa perspectiva, la recurrente parte de una premisa equivocada, en tanto afirma que no basta con que el accidente ocurra en el lugar o en la jornada laboral, sino que debe tener un nexo de causalidad con el trabajo que, precisamente, el Tribunal no encontró probado. Nótese que dicho juez no desconoció que debe existir tal vínculo y, de hecho, lo dio por probado, en atención a que el trabajador se encontraba en el lugar de trabajo y bajo la subordinación de la empresa, pese a que no se establecieron los móviles del homicidio.

Y tampoco incurrió en error el juez plural al afirmar que si Positiva Compañía de Seguros S.A. quería exonerarse de responsabilidad, le correspondía demostrar que el accidente no tuvo relación con el trabajo, puesto que los demandantes desde el escrito inaugural plantearon que el siniestro fue laboral, con ocasión del trabajo y le correspondía a esta entidad acreditar lo contrario”.

Ahora, y en relación con la **carga probatoria**, sea lo primero advertir que conforme la presunción legal estatuida en el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994, se considera de origen común todo

accidente o muerte que no haya sido clasificado como de origen profesional (SL183-2021).

Igualmente, es necesario recordar que de forma pacífica la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido que para que exista accidente de trabajo, debe estar comprobada la relación de causalidad, entre la actividad ejecutada u orden impartida y el hecho generador del siniestro, no obstante, una vez acreditado tal supuesto, le corresponda a la A.R.L. que pretenda liberarse de su responsabilidad, derruir esa conexidad. En sentencia SL4704-2021 explicó:

“Sobre el particular, debe recordarse que con profusión esta Sala ha sostenido, que **para que exista accidente de trabajo, debe estar debidamente comprobada esa relación de causalidad, entre la actividad ejecutada u orden impartida por parte del empleador, y el hecho generador del deceso del trabajador;** así se dijo en la sentencia CSJ SL11970-2017, en la que se precisó:

Al respecto, debe recordarse, que para que se presente un accidente laboral o contingencia de origen profesional, debe existir una íntima relación de causalidad entre el hecho dañoso y el servicio o trabajo desempeñado, ya sea de manera directa o indirecta. Sin embargo, no todo hecho que ocurra en el entorno laboral, resulta dable calificarlo siempre como tal, por cuanto pueden existir circunstancias que permitan desligarlo de la prestación de un servicio subordinado y, por ende, en este último caso ha de catalogarse como de origen común. (Subrayado fuera del texto original).

Lo anterior significa que previamente debe estar acreditado ese nexo causal, entre la muerte y la prestación subordinada del servicio; y en el evento de encontrarse efectivamente demostrada dicha relación de causalidad, la Administradora de Riesgos Profesionales, hoy Laborales, que pretenda liberarse de su responsabilidad, es a quien le corresponde derruir esa conexidad. (Subrayado fuera del texto original).

[...] De suerte que, para que exista accidente de trabajo, debe estar debidamente comprobada esa relación de causalidad, entre la labor desempeñada u orden impartida por parte del empleador, y el hecho generador de la muerte del trabajador. (Subrayado fuera del texto original)”.

Así las cosas, el juzgador goza de competencia para calificar la naturaleza del accidente, y verificar si se está frente a un accidente de trabajo o un accidente de origen común; de manera que, si en un dictamen se establece que el origen de la patología

es laboral o común, ello no quiere decir que tal decisión no pueda ser controvertida, pues por el contrario, contra dichas decisiones proceden las acciones legales de conformidad con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, norma que determina:

“Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. **Contra dichas decisiones proceden las acciones legales”.**

DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) Angie Katherine Bejarano Parra laboró para la empresa INDRA COLOMBIA LTDA. del 02 de septiembre de 2013 al 08 de septiembre de 2016, mediante contrato a término indefinido, desempeñando el cargo de Consultora (fl.543).
- ii) El 22 de julio de 2015, se informó que el carnet de la actora se encontraba en deterioro, y que estaba disponible en la sede de la calle 96 a cualquier hora (fl.43).
- iii) El 12 de agosto de 2015, Juan Carlos Pulido Rueda informó que la actora asumiría las labores de la PMO de GNF (sic), y que en consecuencia se debería volver experta en el tema; por lo que, se acordó con ésta, el 14 de agosto de 2015, que comenzara capacitación desde el martes 18 de agosto a las 8:00 A.M. (fl. 46).
- iv) Angie Katherine Bejarano Parra sufrió un accidente el 18 de agosto de 2015 a las 15:38 P.M., una caída en

- un medio de transporte público, que le generó un trauma cráneo encefálico con fractura en cráneo y peñasco izquierdo, con pérdida de conocimiento – pérdida de memoria del evento traumático y de las primeras semanas en su casa-, según informe de accidente de trabajo elevado por el empleador del 19 de agosto de 2015, concepto técnico emitido por A.R.L. MAPFRE del 30 de septiembre de 2015, e historia clínica (fls. 29 a 30, 48 a 82, 219 a 221, y 290 a 307).
- v) El 22 de octubre de 2015, INDRA COLOMBIA LTDA. informó que de la investigación realizada se logró concluir que la capacitación de la actora terminó a las 11:43 A.M., y que a las 3:38 P.M ocurrió el accidente, por lo que, no es dable establecer que al momento del siniestro la trabajadora se encontrara en misión, por demás que sus trabajadores cuentan con una política de vales de taxis para trasladarse (fls. 222 a 223 y 230).
 - vi) El 13 de noviembre de 2015, A.R.L. MAPFRE presentó objeción al concepto del 30 de septiembre del mismo año, y señaló que revisado el caso de la actora, no se estaba frente a un accidente de trabajo (fls.31 a 33).
 - vii) El 09 de marzo de 2016, A.R.L. MAPFRE cerró el caso de la accionante (fl.34).
 - viii) El 19 de enero de 2018, Seguros Bolívar S.A., como aseguradora del seguro previsional de COLFONDOS S.A., emitió dictamen que estableció que la actora presentaba un PCL de 40,83%, con fecha de estructuración 21 de julio de 2017, y de origen común; decisión que fue objetada y remitida a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, quien el 19 de octubre de 2018 señaló igual pérdida de capacidad laboral, fecha de estructuración, y origen del accidente (fls.349 a 376).
 - ix) El 12 de septiembre de 2019, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que la accionante

tenía una pérdida de capacidad laboral del **53,91%**, con fecha de estructuración el 18 de agosto de 2015, de **origen común** (fls. 551 a 559).

Adicional a la documental de folios 24 a 82, 218 a 230, 246 a 312, 339 a 445, y 480 a 543, al proceso se arrimaron las declaraciones de **Nelson Ricardo Soriano Soriano, Paola Cuevas García, Juan Pablo Leiton Mendieta, Aide Marcela Mendoza Ávila y Rafael Alberto Fernández Ibarra**, quienes manifestaron lo siguiente:

Nelson Ricardo Soriano Soriano dijo que laboró con INDRA COLOMBIA LTDA. en 2015 y 2016, como Ingeniero de Calidad en el proyecto de Fosyga; que el 18 de agosto de 2015 se quedó de encontrar con la demandante, y se dirigió a la sede de la empresa ubicada en la calle 93, en donde también se encontró con su compañero Rafael Fernández, en virtud de lo cual la actora les dijo que tenía que ir a reclamar su carnet a la sede administrativa, por lo que la acompañaron y en el camino le informan a la demandante que la persona encargada del carnet está en su hora de almuerzo, razón por la que fueron a almorzar a un restaurante del sector; que posteriormente, volvieron a la sede administrativa, se encontraron con el compañero Juan Pablo Leiton, quien se fue al rato, la demandante entró a hacer el trámite del carnet, y la estuvo esperando un rato con Rafael, se estaba haciendo tarde y se regresó para su sede; que la actora estaba ese día en una capacitación para un proyecto con gas natural; que fue al sector por circunstancias personales, tenía una diligencia y terminó encontrándose con la actora; que trabajaba la Calle 32 con carrera 7; que como trabajador de la empresa sabe que hay un servicio de taxi, pero este tiene ciertas condiciones, se daba normalmente cuando se salía de noche, se requería tener el visto bueno del líder, y había que informar con cierto tiempo de antelación; que la actora le manifestó que no iba a tomar taxi porque no tenía vale; que la actora en algún momento le mostró el pantallazo que había tomado de la

herramienta donde le indicaba que ya podía reclamar su carnet; que en ese momento no supo lo que pasó con la actora, se enteró después; Rafael Fernández fue quien quedó esperando a la actora; que es una obligación portar el carnet, pues cuando no lo tenía, era difícil ingresar; que se enteró del accidente de la demandante, tiempo después, por medio de un correo que indicaba que una persona sufrió un accidente dirigiéndose al trabajo, se señaló que la persona cometió un error, porque no fue en el servicio de taxi que proporcionaba la empresa, y a partir de ese se empezó a hablar de quién fue la persona que tuvo el accidente y finalmente alguien informó que había sido la actora; que en este proceso de valeras no todas las veces se podía acceder al servicio, en una ocasión, para una capacitación sólo le ofrecieron un trayecto; que en su proyecto les decían que no podían dar esos vales, porque tenían cierto fondo, límite, y después de cierto valor no se podía cubrir porque se pasaba del presupuesto; que no sabía que no usar estas valeras generara un incumplimiento a alguna obligación como trabajador; que con la demandante tuvo comunicación meses después, porque salió del país luego de trabajar en la empresa- mayo de 2016-, y se desconectó de muchas cosas; que al momento del accidente, la demandante estaba en su jornada laboral, el horario iba de 8:00 A.M. a 6:00 P.M.; que no conocía la familia de la actora; que en el correo que informaron el accidente no informaron el trabajador que tuvo el siniestro; que se enteraron que la actora no podía ir a la sede administrativa de 12:00 M a 1:00 P.M. por su carnet, porque ella hizo una llamada para corroborar si la persona la podía atender; y que no sabe si la actora se comunicó con German Cortés sobre la gestión del carnet.

Por su parte, **Paola Cuevas García** señaló que laboró con INDRA COLOMBIA LTDA. desde agosto de 2014 hasta agosto de 2016; que en ese periodo era Coordinadora HCQ, sus funciones eran la de coordinador seguridad y salud en el trabajo; que dentro de sus funciones estaba lo relacionado con los reportes de accidente, hacer la investigación y el tema preventivo; que el día

del accidente de la colaboradora, se recibió la llamada de una persona que indicó el siniestro, les informaron que identificaron que el empleador era INDRA, porque lo vieron en el carnet, y que habían trasladado a la trabajadora a un centro asistencial; que luego se comunicó con su jefe inmediato, y se dirigió al lugar del accidente, el que ocurrió entre las 3.00 P.M. y las 3:30 P.M.; que hicieron el debido reporte al día siguiente a la A.R.L., y luego comenzaron a validar todo el tema de la investigación, para lo que se acercaron al lugar del accidente, y validaron lo que había ocurrido, pero habían muchas versiones, una, que estaban asaltando el bus, dos, que la habían empujado, y tres, que ella estaba bajándose y puso un pie mal y este arrancó; que después comenzaron a validar qué había hecho ella, es toda la investigación a validar que había hecho la demandante, encontrando que la colaboradora había sido citada a una capacitación porque la iban a formar en un tema nuevo, que entró a una capacitación en la mañana, y salió sobre las 11:30 A.M., y de ahí solo se supo que sobre las 3:00 P.M. acaeció el accidente; que hicieron el seguimiento para saber qué pasó entre las 11:30 A.M. y las 3:00 P.M., pero no pudieron evidenciar lo que sucedió; que cuando se tenían que trasladar entre un sitio y otro, debían por seguridad -porque llevaban equipos de la empresa-, usar vales de taxis, entonces no se supo por qué ella no tomó taxi; que la actora le manifestó que no recordaba nada del accidente ni antes de este; que hasta cuando se fue, siempre hubo un vacío en esta información; que el jefe le compartió un chat, en el que se decía que a la 1:00 P.M. estaba en la 93, pero la salida de la capacitación fue sobre las 11:00 A.M.; que no supieron de compañeros que la acompañaron ese día, fue una persona externa quien llamó, ella al momento del accidente estuvo sola; que no sabe si la actora tenía pendiente la entrega de un carnet; que lo que hicieron fue mirar los buses, los horarios, la actora estaba en la sede de la 93 y salió sobre las 11:30 A.M., no se entiende por qué su accidente fue a las 3:30 P.M.; que no se mencionó que la actora tuviera contacto con la sede de la 96; que la política del taxi es que solamente podían usar el taxi para diligencias

laborales y era obligatorio, por cuidar los equipos, y siempre debían solicitarlo, no podían desplazarse en otro medio por su seguridad, la restricción era que no podían transportarse del trabajo a la casa o viceversa, a excepción si salían muy tarde de la empresa y, de todas formas, solo podían tener un vale si su jefe se lo autorizaba, en todo caso, el trabajador es el responsable de decirle al jefe que diera el vale; que esa política era solo una, y no variaba según el proyecto; que el jefe inmediato de la actora era Germán, quien allegó un chat a través de un correo electrónico, cuando estaban haciendo la investigación; que la demandante o la mamá no dijeron que ella hubiera estado acompañada ese día; que lo que se dijo en el reporte inicial de accidente, es que había un vacío y se solicitaba a la A.R.L. la correspondiente investigación; que posteriormente, se dijo frente al proceso de valera de transporte, que una de las medidas a resolver fue la falta de comunicación de este medio de transporte; que a ella siempre le daban vales de transporte; que había un rumor de que la actora estaba haciendo un trámite para viajar y que cuando estaba ahí salió para la embajada que quedaba por la séptima, pero esto no se pudo corroborar; que la ruta que tomó la actora no pasaba cerca de la Calle 93, era una ruta que venía por toda la séptima.

Juan Pablo Leiton Mendieta señaló que laboró con INDRA COLOMBIA LTDA. entre 2011 y 2014, en el cargo de soporte de aplicaciones; que conoció a la demandante en el año 2014; que fue a la sede administrativa de la 96 con 13, el 18 de agosto de 2015, porque tenía que ir a recoger un certificado laboral, y en esa espera se encontró con la actora y con dos compañeros, Nelson y Rafael; que habló un poco con ella y le comentó qué iba a reclamar, y que ella venía por su carnet; que llegó a esa sede como a las 12:30 P.M., y luego llegó la actora; que habló con la demandante y se fue como a la 1:00 P.M., se cansó de esperar y se fue; que no sabe lo que pasó con el trámite del carnet de la actora; que supo después, un año o dos, el accidente de la actora; que conoció lo de la valera para transporte, porque para el

proyecto de Fosyga se tenía que salir muy tarde, era frecuente su uso, el jefe tenía un talonario, y la empresa un convenio con una empresa de taxis, de manera que, con autorización del jefe, se podía hacer uso de estos; que se encontró con la actora dentro de la sede, hay una sala de estar, ahí adentro estaba Rafael y Nelson; y que no sabe si la actora tenía permiso.

Aide Marcela Mendoza Ávila señaló que trabaja para INDRA COLOMBIA LTDA. desde hace 12 años y 7 meses en el cargo de Gerente HSQ-RSE; que no conoció a la demandante; que al momento del accidente estaba a cargo del área de seguridad y salud en el trabajo, y fue informada de los hechos; que llamaron a la empresa, de pronto por el carnet tomaron los datos de la persona, e informaron la Coordinadora de Seguridad y Salud del Trabajo, Paola Cuevas, que había una persona que se accidentó al estar descendiendo de un autobús, cerca de la sede de la calle 57, y que al parecer fue grave; que en ese momento Paola Cuevas reporta a la A.R.L. MAPFRE, y todo el tiempo la mantiene informada; que después Paola Cuevas estaba llevando la investigación del siniestro directamente, hace el reporte ante A.R.L. y SOAT; que se informa al corredor de seguros que era Jorge Venegas, quien en acompañamiento con la A.R.L. dice que los van a apoyar para investigar el accidente; que inicialmente se catalogó el accidente de trabajo por lo que tenían investigado; que la actora estaba en una capacitación en la sede de la 93, se verificó que salió alrededor de las 11:00 A.M.; que la actora habló con German, su jefe, y ella le había escrito sobre la 1:20 P.M. que estaba aún demorada porque todavía estaba en la sede; que no recuerda haber indagado con otros compañeros que hubieran estado en la capacitación; que lo que dice la investigación y lo que se comentaba es que la actora estaba preparando un viaje para realizar una maestría en algún país, Australia, y que ella había salido hacia la embajada a realizar papeles; que una vez se informó lo anterior, A.R.L. MAPFRE solicitó objetar el accidente de trabajo, por la línea de tiempo verificada, y entra en la investigación por ser un accidente catalogado como grave,

verifican y definitivamente encuentran que no hay lugar que sea accidente de trabajo y acepta la derogación del accidente; que era la jefe directa de la Paola Cuevas; que Germán era el líder del proyecto de la actora, pero había otro gerente, Juan Carlos Pulido.; que German fue el que directamente participó en la investigación; que no se pudo determinar lo que pasó entre las 11:00 A.M. y las 4:00 P.M.; que nadie del equipo de investigación investigó el rumor de que la accionante se fue a tramitar su papeles para viajar a Australia; que no verificaron que la actora estuviera acompañada de un compañero de trabajo; que no sabe si la actora debía ir a otra sede a reclamar un carnet; que para obtener el carnet, normalmente se habla con el área de seguridad física, y ellos tenían en el momento unos horarios y días específicos para la entrega de los carnet; que el área de seguridad física está ubicada en la 96; que dentro de la investigación se manejó el tema con los medios de transporte que daba la empresa, dentro de los primeros procedimientos que se entraron a verificar fue el de la política de uso de taxis entre sedes o proyectos que de la organización; que en ese momento se trabajaba con unas valeras y estaba establecido entre sedes; que en la investigación se determinó que hubo un incumplimiento en el procedimiento, porque la actora no tomó el taxi que tiene la compañía; que en el chat con Germán, la actora le dice que todavía esta demorada por la capacitación; que ese chat es contradictorio con la salida del equipo de capacitación, pues salieron a las 11:00 A.M.; y que el recorrido del bus se tuvo en cuenta en la investigación, se determinó que esa ruta de buses pasaba por la séptima, o pero nunca por la 15 o la 100, su recorrido era por la séptima.

Finalmente, **Rafael Alberto Fernández Ibarra** adujo que trabajó para INDRA COLOMBIA LTDA. a través de un tercero, una empresa que se llama MIQ que prestaba servicios para una cliente final que era TIGO; que para el tiempo del accidente tuvo una relación sentimental con la demandante; que el día del accidente se encontraba trabajando en el data center de TIGO, que está en

la castellana, y ese día la actora lo llamó y le dijo que iba a estar recibiendo una capacitación en INDRAd e la 93, por lo que, la invitó a almorzar; que cuando se encontró con la actora, estaba con un compañero, Nelson Soriano, él los acompañó a almorzar, pero primero ella hizo una llamada para ver si podía pasar a reclamar un carnet, y le dijeron que no porque era hora de almuerzo, que pasara después de la 1:00 P.M.; que una vez almorzaron fueron a la oficina administrativa de Indra que queda en la 96, donde se encontraron con otro compañero, Juan Carlos Leitón; que el carnet se lo entregaron a la actora como a las 2:00 P.M., y de ahí la acompañó a que cogiera un transporte sobre la séptima con 97; que luego se devolvió para su trabajo; que la actora tenía un portátil de la oficina, una maleta grande y pesada con el computador de la oficina; que cuando llegó a su oficina recibió una llamada de una señora, que ella se había accidentado en un bus; que pidió permiso y salió para allá, se encontró con los papás de la actora, vio policías y un charco de sangre; que luego, llegó un señor, que era el jefe de la actora o Gerente de Proyecto, Germán, él estuvo hablando con los papás de la actora y estuvo preguntado cosas; que luego pudo entrar a verla, pero estaba dormida ella, tenía sangre en el oído; que llegó sobre las 12:00 M. para almorzar con la actora; que la llamada que Angie hizo a Indra fue antes de almorzar para ver si pasaba antes; que después de almorzar con la actora fueron a la sede de Indra de la 96, llegaron alrededor de la 1:00 P.M., o un poco más; que la actora salió de esa sede de la 96 como por ahí a las 2.00 P.M.; que la actora no le comentó por qué estaba pidiendo un carnet; que en la séptima queda más fácil coger un bus que hacia otro lado; que la actora no le comentó que tuviera un servicio de taxi o de valera; que no sabe si la actora tenía permiso para solicitar el carnet; a los padres de la actora no les dijo que habían estado a medio día almorzando, solo llegó preocupado por el accidente; que la actora duró desorientada mucho tiempo y ahí lo importante era más la recuperación, frente a lo que pasó, ella no razonaba bien, y no tenía sentido de lo que pasó; que cuando la actora estaba mejor, ella le preguntó qué había pasado, pero ella

jamás se acordó de ese instante; y que los papás tampoco le preguntaron qué había pasado, su relación era con la actora.

Pues bien. Conforme al análisis de las pruebas expuestas, se tiene que la demandante el 18 de agosto de 2015 estuvo en una capacitación entre las 8:00 A.M. y las 11:43 A.M., pues así se desprende claramente de la citación de capacitación visible a folio 46 y de la investigación de accidente obrante a folios 290 a 297. Igualmente se tiene que el accidente de la actora acaeció a las 3:38 P.M., conforme al informe de accidente de folios 29, 30 y 290 a 297.

De esta manera, para determinar si el accidente del 18 de agosto de 2015, es o no de origen laboral, se hace necesario verificar si fue por causa o con ocasión de su labor, o si fue en cumplimiento de una orden del empleador, pues de conformidad con el artículo 3 de la Ley 1562 de 2012, es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, así como aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Dicho lo anterior, se rememora que conforme al precedente jurisprudencial expuesto (SL183-2021), se presume que el accidente fue de origen común, pues aún no obra calificación en un sentido diferente, según el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994, aclarándose que la documental obrante a folio 30, únicamente se trata de un concepto, por lo que no contiene como tal, una calificación del origen del accidente de la trabajadora, es apenas una opinión técnica del siniestro.

Así las cosas, y siguiendo los lineamientos de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (SL11970-2017 y SL4704-2021), le correspondía a la parte actora acreditar la relación de causalidad, entre la actividad ejecutada u orden impartida y el hecho generador del siniestro, de manera que, una

vez se encuentre acreditado tal supuesto, le corresponda a la A.R.L. derruir esa conexidad.

De esta manera, la Sala advierte que el siniestro ocurrió cuando la accionante se estaba transportando hacia su sede habitual de trabajo y en horas de trabajo, lo que tiene su origen en una orden dada por el empleador para que ésta acudiera a una capacitación; es decir, la demandante en un primer plano, se encontraba cumpliendo una orden de su empleador, que consistía en acudir a una capacitación, escenario que originó que la trabajadora se trasladara por fuera de su sede habitual de trabajo, y saliera, el 18 de agosto de 2015, directamente de su casa a la sede de la 93.

Ahora bien, dicha capacitación finalizó a las 11:43 A.M., por lo que, de conformidad con los testigos Rafael Alberto Fernández Ibarra y Nelson Ricardo Soriano Soriano, la demandante efectuó llamada telefónica para verificar si podía acudir por su carnet, - el que estaba disponible desde el 22 de julio de 2015 en la Sede de la 96, según comunicación obrante a folio 43-, no obstante, en dicha sede le informaron que debía pasar después de la 1:00 P.M., pues el personal estaba en hora de almuerzo. Así, la actora y sus dos compañeros, almorzaron, y posteriormente fueron por el aludido carnet a la sede administrativa de la sede de la 96, en donde se encontraron con el señor Juan Pablo Leiton Mendieta, quien fue el primero en irse, luego el señor Nelson Ricardo Soriano Soariano, quedando únicamente Rafael Alberto Fernández Ibarra, quien manifestó que a la actora le entregaron su carnet, la acompañó a tomar transporte a la carrera séptima, y se subió al bus sobre las 2:00 P.M. hacía su sede habitual de trabajo.

En este punto, se esclarece que la declaración de Rafael Alberto Fernández Ibarra fue estudiado con mayor rigurosidad, al señalar que sostuvo una relación sentimental con la actora para la época del siniestro; lo dicho, de conformidad con el

artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento.

Conforme las probanzas hasta aquí reseñadas, para la Sala es claro que la actora se trasladó a la sede de la 93 por orden de su empleador para recibir una capacitación, y que luego acudió a la sede de la 96, a recoger su carnet, el que de conformidad con la totalidad de los testigos, era necesario para ejecutar la labor y poder acceder a los edificios en donde INDRA COLOMBIA LTDA. tenía proyectos con terceros. Asimismo, debe precisarse que, si bien la demandante pudo acudir a la sede de la 96 porque su carnet estaba deteriorado y podía con este seguir accediendo a las sedes de las empresas donde se tenían proyectos o sedes de INDRA COLOMBIA LTDA. sin limitación, esto no quiere decir que un carnet en óptimas condiciones, no sea lo recomendable para que pudiera ser identificada plenamente la trabajadora, por demás que esto hace parte de la imagen de la demandante así como de la empresa, quien como quedó visto tiene proyectos con terceros, por lo que, acudir por un carnet no puede ser observado como innecesario, tal y como lo pretende hacer ver el apoderado de INDRA COLOMBIA LTDA.

Del mismo modo, la Sala observa que entre la fecha de la autorización para recoger su carnet, 22 de julio de 2015, y la fecha en que se acudió a la sede de la 96, 18 de agosto del mismo año, existe inmediatez, pues la Sala considera el tiempo que se tardó para reclamarlo plausible debido a sus jornadas y horarios de trabajo, más aún se encuentra lógico que lo haga atendiendo la proximidad que tenía cuando acude a una capacitación, tal y como lo señaló el A Quo, pues entre la sede de la 93 y de la 96, existen aproximadamente 10 minutos de recorrido, tal y como lo expuso el representante legal de INDRA COLOMBIA LTDA. al momento de rendir su interrogatorio.

De igual manera, no puede considerarse que la accionante al recoger su carnet no estuviera actuando de conformidad con las directrices del empleador, pues de la autorización de folio 43, se logra desprender que estaba disponible y podía reclamarlo en cualquier momento, por lo que, al acudir por este, y luego dirigirse a su sede habitual de trabajo, la accionante estaba ejecutando una función *con ocasión* de su trabajo, pues resulta apenas lógico que lo requiriese solamente para ejecutar funciones de tipo laboral; acudir por este, si bien no tiene que ver de forma directa con las funciones para la que fue contratada, sí lo es de forma indirecta, pues es el que facilita el acceso e identificación a las sedes de INDRA COLOMBIA LTDA. y de las empresas donde ésta tiene proyectos.

Así las cosas, al trasladarse la actora a la sede de la 57 (sede habitual de la trabajadora), luego de haber estado en una capacitación y haber recogido su carnet, en las sedes de la 93 y de la 96 de la empresa INDRA COLOMBIA LTDA, respectivamente, y ocurrir el accidente en ese intervalo, se considera acreditado el nexo causal entre las actividades ejecutadas y el hecho generador del siniestro, pues la accionante se trasladó a las sedes aludidas única y exclusivamente con ocasión de su trabajo.

De esta manera, le correspondía a la A.R.L. accionada derruir el aludido nexo de causalidad; para tal efecto, la pasiva a folio 266 aportó conversación de whatsapp que la demandante sostuvo con su jefe, el señor Germán Yesid Cortés Vargas, en la que le informó que entre la 1:09:02 P.M. y la 1:20:46 P.M. estaba en la sede de la 93 en capacitación y que ya se dirigía para la sede de la 57 (sede habitual de su labor); conversación que al haber sido impresa, es dable estudiar como prueba documental, según las voces del inciso 2° del artículo 247 del C.G.P. que establece que *“la simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos”*.

Así las cosas, considera la Sala que dicho mensaje de datos no tiene el alcance para demostrar que la accionante no estaba efectuando ninguna función con ocasión de su trabajo, pues en este no se plasma que la accionante no estuviera ejecutando una función propia de su trabajo, pues por el contrario se hace mención de la capacitación. Aunado a ello, tal y como lo advirtió el A Quo, el mensaje no está completo, no se logra observar íntegramente la conversación existente entre la actora y Germán Yesid Cortés Vargas, por lo que, su contenido no permite derruir que se está frente a un accidente con ocasión del trabajo; al punto, téngase en cuenta que dicho documento al no ser allegado en forma íntegra es asimilable a un documento roto o alterado, lo que permite de conformidad con el artículo 253 del C.G.P. apreciarlo de conformidad con las reglas de la sana crítica; y que de haberse allegado como mensaje de datos el artículo 247 ejusdem establece que *“Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún formato que lo reproduzca con exactitud”*.

Por las mismas razones, dicho mensaje no tiene el alcance para quebrantar lo expuesto por los testigos Rafael Alberto Fernández Ibarra, Nelson Ricardo Soriano Soriano, y Juan Pablo Leiton Mendieta, pues no se conoce con exactitud la conversación que sostuvo con la actora con el señor Germán Yesid Cortés Vargas.

De igual manera, a favor de la pasiva comparecieron a rendir testimonio las señoras Paola Cuevas García y Aide Marcela Mendoza Ávila, no obstante, de sus declaraciones no se logra desprender que la accionante estuviera realizando una actividad ajena a su trabajo, señalaron que existía un *rumor* consistente en que ella estaba adelantando documentos para viajar a Australia a hacer un estudio de posgrado, así como que nunca comprobaron si tal situación era real; de manera que su dicho resulta insuficiente para desvirtuar que el accidente fue con

ocasión del trabajo, por demás que manifestaron que la empresa no indagó en los trabajadores si pudieron estar acompañando a la accionante el día del siniestro, así como tampoco acudieron a la embajada de Australia para verificar si la accionante acudió el 18 de agosto de 2015, por demás que fueron claras en señalar que no pudieron verificar qué aconteció entre las 11:43 A.M. y las 3:38 P.M., pues siempre existió tal vacío en la investigación, resaltando que en todo caso la demandante se encontraba en horario laboral.

En igual sentido, considera la Sala que el argumento que sostienen las testigos Paola Cuevas García y Aide Marcela Mendoza Ávila consistente en que la ruta de bus no pasaba por la carrera 15, no es fehaciente para derruir que se está frente a un accidente de trabajo; en efecto, dichas testigos corroboran el dicho del testigo Rafael Alberto Fernández Ibarra, quien manifestó que la actora tomó su ruta en la carrera séptima, vía cercana a la carrera 13, recuérdese que la accionante acudió a la Sede de la 96 la que está en la Calle 96 con carrera 13.

Igualmente, y frente al incumplimiento de las políticas de vale, ciertamente a juicio se allega una circular del empleador a folio 230 que contiene tal directriz, sin embargo, esta ni siquiera tiene fecha para establecer con certeza si se remitió a los trabajadores antes o después del siniestro. Asimismo, no se encuentra que la demandante hubiera recibido tal comunicación, no obstante, la totalidad de los testigos comparecientes dieron cuenta de la existencia de tal política, y cada uno habló desde su propia experiencia de la aplicación de la misma, resaltando los testigos Nelson Ricardo Soriano Soriano y Juan Pablo Leiton Mendieta que debían ser autorizadas por el superior jerárquico, y que no siempre las proporcionaban, mientras que la testigo Paola Cuevas García que en su dependencia siempre las otorgaban.

Así, la Sala no puede considerar que la existencia de dichos vales de transporte tenga el peso para derruir el nexo de causalidad entre la actividad que desarrolló la actora y el siniestro, pues además de que no existe certeza de que siempre fueron otorgados, el empleador no los otorgó pese a que tenía conocimiento de la capacitación de la actora y que debía trasladarse a una sede diferente a la de su lugar habitual de trabajo. En este punto, se advierte que en caso de haber ocurrido el siniestro en un transporte suministrado por el empleador, esto por el contrario, hubiera podido facilitar extraer que se estaba frente a un accidente de trabajo; y que la omisión de la trabajadora de pedir los vales de transporte y del empleador de otorgarlos, son argumentos que son más atinentes a la pretensión relativa a verificar la responsabilidad del empleador en tal suceso, esto es, sobre la culpa suficientemente comprobada del empleador en el siniestro, lo que no es objeto de pretensión en el *sub examine*.

Finalmente, debe advertirse que la condena del juzgador, de reconocer pensión de invalidez, se encuentra ajustada a derecho, pues la actora solicitó expresamente el reconocimiento de las prestaciones económicas y en salud derivadas de su accidente, la que claramente incluye la pensión de invalidez; si bien el juez echó mano de las facultades ultra y extra petita, lo cierto es que tal condena estaba incluida dentro de sus pretensiones, por lo que, fue una condena infra o minus petita, pues se está fallando por debajo de lo pedido o en parte de lo pedido. En cuanto al principio infra o minus petita, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4816-2015 reiterada en la SL4515-2020 dijo:

“una revisión de las providencias dictadas en los últimos años sobre este punto, dan cuenta que el criterio que ha prevalecido en esta Corporación es aquel conforme al cual, el juez tiene el **deber**, no solo en los casos en los que se prueba un tiempo de servicios inferior al pretendido (CSJ SL, 5 dic. 2001, rad. 17215; CSJ SL, 14 jul. 2009, rad. 35033; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 35666; CSJ SL, 17 jun. 2011, rad. 38182; CSJ SL, 21 jun. 2011, rad. 42768; CSJ SL806-2013; CSJ SL9112-2014; CSJ SL1012-

2015), sino en otros (CSJ SL16715-2014), de dictar una condena minus petita que acepte parcialmente las pretensiones de la demanda, esto es, que si el demandante pide más, pero tan solo alcanzó a acreditar parte de lo pedido, debe reconocerse lo probado (art. 305 C.P.C.).

Así, por ejemplo, esta Sala en sentencia CSJ SL, 5 dic. 2001, rad. 17215, reiterada en CSJ SL, 17 jun. 2011, rad. 38182; CSJ SL, 14 jul. 2009, rad. 35033 y CSJ SL806-2013, señaló:

El artículo 305 del CPC dice:
(...)

La consonancia contemplada en esta norma es una regla que orienta la decisión que debe adoptar el juez, pues le señala la obligación de estructurar su sentencia dentro del marco que conformen las partes con los planteamientos que hagan en sus escritos de demanda y de contestación.

Para que la sentencia sea consonante, el juez debe ajustarse a los postulados que las mismas partes le fijan al litigio y por eso no puede resolver más allá ni por fuera de lo pedido, pues de hacerlo incurriría, en el primer caso, en un pronunciamiento ultra petita y en el segundo, en uno extra petita. Tal limitación no existe en el proceso laboral que contempla para el juez la posibilidad de hacerlos dentro de ciertos requisitos.

Pero la norma bajo estudio no proscribe decidir por debajo de lo pedido de modo que, cuando las partes logran probar menos de lo que pretenden, la decisión que acoja el derecho dentro de esos parámetros inferiores, no se sale de los hechos básicos y por tanto el juez debe reconocer lo que resulte probado y denegar lo demás. En este caso la resolución es infra o minus petita y está dentro del marco previsto por el artículo 305.

El fundamento esencial de la demanda no cambia cuando los hechos del juicio indiquen que el tiempo de servicios fue inferior al que se alegó en la demanda, que en últimas es lo que ocurrió en este proceso frente a algunas de las pretensiones, por lo que debe concluirse que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 305 del CPC, al negarse a estudiar las pretensiones por encontrar que entre las partes se habían estructurado dos contratos de trabajo independientes y que el último no correspondía a los límites o extremos temporales señalados en la demanda inicial.

(...)

Por manera que, le asiste la razón al recurrente al considerar que si el Tribunal encontró demostrado que la relación laboral de las partes no fue lineal en el tiempo, sino fraccionada, de modo que no podía predicarse la existencia de un contrato de trabajo, sino de varios, debió dictar una sentencia minus petita que acogiera parcialmente las pretensiones incoadas, en el sentido de declarar la existencia de aquella o aquellas relaciones de trabajo que estuvieran probadas”.

Así mismo, considera la Sala que la pensión reconocida se ajusta a lo establecido por la Junta Nacional de Calificación Invalidez, quien determinó que la actora tenía una pérdida de capacidad laboral del 53,91% y que la fecha de estructuración, es la misma del accidente, 18 de agosto de 2015 (fls. 551 a 559), por lo que, se observa que la decisión no es caprichosa y por el contrario se ajusta a lo que determinó tal entidad; por demás que la fecha de reconocimiento se encuentra ajustada a derecho, pues la pensión de invalidez se debe reconocer desde la fecha en que se produce tal estado, y al existir el reconocimiento de incapacidades, desde el momento en que se dejan de pagar estas, pues es incompatible con el pago de la mesada pensional. Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5262-2019 explicó:

“[...] de cara a la incompatibilidad establecida en el artículo 3° del Decreto 917 de 1999, cuando, como en el presente asunto, el retroactivo pensional cubija periodos que también han sido cubiertos por subsidios por incapacidades temporales, la prohibición de que trata el citado decreto, a lo sumo, conduciría a la imposibilidad de que se disfruten o perciban, a la vez, la mesada pensional y el subsidio por la incapacidad, pero no a la imposibilidad del reconocimiento del derecho pensional.

En ese sentido, como ya se indicó, no se observa que el fallador de segunda instancia hubiese errado en el entendimiento y concordancia que les brindó a los preceptos acusados, pues, por un lado, determinó que la pensión de invalidez reclamada por el demandante debía ser reconocida desde el 7 de diciembre de 1995, momento en que la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó que se había estructurado su estado de invalidez, dando, con ello, aplicación a lo previsto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993; y, por otro, ordenó que del retroactivo pensional se descontaran las sumas concedidas por concepto de subsidios por incapacidad *entre el 6 y el 15 de mayo de año 2009, y entre el 21 de mayo de 2010 y 8 de junio de 2011*, a fin de que por lo mismos periodos, no se percibieran simultáneamente dos beneficios [...].”

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., e INDRA COLOMBIA LTDA.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., e INDRA COLOMBIA LTDA.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

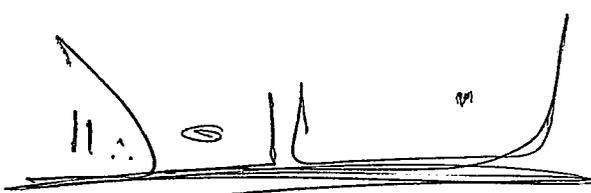
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2018-00737 -01
Demandante: LUZ MARYI PARRA SUÁREZ.
Demandado: A.R.L. MAPFRE SEGUROS S.A. Y COLFONDOS S.A.

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 004

AUTO

Tener como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Lilian Patricia García González, identificada con C.C. No. 52.199.648 y T.P. No. 187.952 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR Y COLPENSIONES y a estudiar en Grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de julio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **DIANA MARGARITA ARIAS GONZÁLEZ** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad de la afiliación de la demandante a la AFP Porvenir S.A. efectuada el día 26 de enero del 2000.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, esto es con los rendimientos que se hubieren causado.

Así mismo, solicita se ordene a Colpensiones a recibir a la demandante como su afiliada.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (Fl. 77 a 119 Archivo 01), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad,

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

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Archivo 01 Carpeta 05), contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, declarando que la mayoría de los hechos no le constaban o no eran ciertos, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** del traslado realizado por la demandante al RAIS administrado Porvenir S.A., el 01 de marzo de 2000. Ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, estos últimos debidamente indexados, sin que le sea dable descontar suma alguna por concepto de seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de pensión mínima.

También ordenó a Colpensiones a recibir dichos dineros y reactivar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., señaló que debe respetarse la voluntad del demandante, la cual se encuentra plasmada en el formulario de afiliación, al cual debe dársele el valor probatorio que se merece, pues dicho documento fue suscrito por la actora de manera libre y voluntaria y prueba los requisitos vigentes al momento del

traslado, ya que para esa fecha la única prueba que debe ser exigible es el formulario de afiliación, máxime cuando para la época del traslado de la demandante las asesorías se realizaban de manera verbal, por lo que la única prueba con la que se cuenta es el formulario de afiliación, el cual demuestra que la actora recibió por parte del asesor toda la información que la llevó a suscribir tal documento, situación que se demostró con el interrogatorio de parte rendido por la demandante.

Respecto de la condena a devolver los gastos de administración y seguros, precisó que no es dable ni justo ordenar la devolución de dichos dineros, pues estos se constituyen por un mandato legal y esa entidad ha cumplido con su cometido, pues ha mantenido la vinculación de la demandante con el RAIS, de modo que las sumas se han visto destinadas a los rendimientos de la cuenta individual de la demandante y tiene la administradora derecho a conservarlos y en ese mismo orden de ideas, tampoco le es posible devolver las sumas pagadas por concepto de seguros porque no se encuentran en su poder sino en el de la aseguradora; adicionalmente, la rentabilidad que se ha generado a favor de la demandante surge de ese deber legal, el cual ha sido cumplido de manera suficiente por parte de esa entidad.

COLPENSIONES, señaló que la demandante efectuó su traslado al RAIS de manera voluntaria y libre, de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Señaló que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no es posible que regrese en cualquier momento al RPM.

Frente a la carga de la prueba indicó que, resulta desproporcional colocarla en cabeza de Porvenir S.A. y en particular de Colpensiones, ya que esta última es la más

afectada en cuanto es la encargada de la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio en el año 2000, lo que significa que han transcurrido 20 años, por lo que resulta imposible probar las circunstancias que se dieron en el traslado.

Expuso que para la fecha del traslado de la accionante no era obligatorio dejar un documento en el que conste la información dada al momento del traslado, pues tal deber solo se materializó hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, ya que las AFP cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para poder demostrar el consentimiento libre y voluntario.

Adujo que, una persona que no ha estado afiliada al RPM por más de 20 años no puede pretender ahora que este sea solidario y quiera beneficiarse de aportes que no ha realizado, pues ello podría en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones de las personas que siempre han estado en el RPM.

De manera subsidiaria y, en caso de que no se acojan sus argumentos, solicita se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las demandadas, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte

que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal

cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones 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 1.0 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 V la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, 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 pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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. (...)"

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al

régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada -cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo. Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la

exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos. (...)"

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

"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 1) 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»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por Colpensiones el 27/09/1989 (Archivo expediente administrativo Carpeta 02); **iii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 26/01/2000 a través de la A.F.P Porvenir S.A. (fl 47 Archivo 01 y fl. 41 Archivo 2 Carpeta 05); y **iv)** el día 01/03/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al

R.P.M.P.D. y en el mismo sentido elevó petición ante Porvenir S.A. (fls. 28 y 37 Archivo 01)

Pues bien, a folios 47 (archivo 01) y 41 (archivo 02 Carpeta 05) del expediente digital se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 26/01/2000 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, argumenta Porvenir S.A. en su apelación que el formulario de afiliación prueba los requisitos que se encontraban vigentes para el momento del traslado de la

¹Según los cuales "la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado." SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

demandante, sin embargo, en este casos como el que hoy nos ocupa, lo que se requiere es demostrar el cumplimiento del deber de información, lo cual no acontece con tal documento, pues tal y como lo dice la jurisprudencia antes citada dicho documento prueba, a lo sumo, un consentimiento, pero no informado, por ello, no es dable tenerse por cumplido el deber de información con tal documento, aclarando que no es que se requiera documental adicional para demostrar el cumplimiento del deber de información, pues ello se pudo haber demostrado con cualquiera de los otros medios probatorios vigentes en nuestra legislación laboral, tal y como en antecedencia se expuso.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 26 de enero del 2000.

De otro lado ha de indicarse que, en casos como el que nos ocupa, resulta irrelevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación, lo que da al traste con el argumento expuesto por Colpensiones.

En cuanto al tema de la carga de la prueba, argumento presentado por Colpensiones, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Porvenir S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindo la información, ya que es dicha entidad

quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Arias González en el traslado que esta realizó en el mes de enero del 2000, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones, sin que sea necesario que la accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que la actora demuestre su existencia.

Así, conforme las razones expuestas en precedencia, y pese a que COLPENSIONES no participó en el acto de traslado, se

encuentra obligada a recibir al demandante, pudiendo en todo caso efectuar las acciones que considere con ocasión del actuar ineficaz del fondo privado, por las razones antes expuestas. Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el a quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo que acertada resulta la condena impuesta por la a quo en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece: (...)

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, 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.

[...]. 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.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

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

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se

consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente, frente al argumento presentado por Colpensiones en su recurso, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren 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 C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que se adjudican a 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.

En cuanto a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“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”.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, al haberse resuelto desfavorablemente los recursos presentados.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

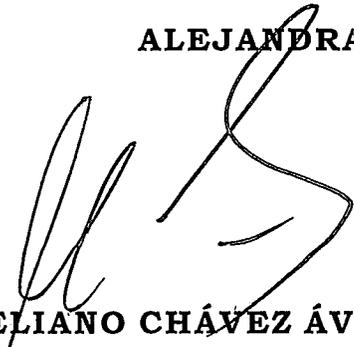
SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

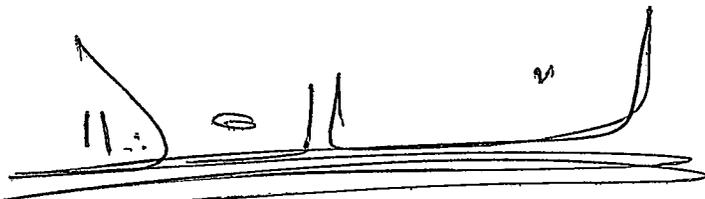
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas condenadas en costas, esto es PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO