



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-29- de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-010-2020-00099-01

Demandante: MAGNOLIA DEL ROSARIO CORAL GARCÍA
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Conforme documental allegada, obra como apoderado de la parte demandante el doctor MIGUEL ALBERTO CASTELLANOS ECHEVERRI y como apoderada sustituta de COLPENSIONES la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la demandante y Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de agosto de 2022. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Magnolia del Rosario Coral García llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., para que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Protección S.A., en consecuencia, se

¹ Pase a despacho 30/09/2022

ordene el traslado de los aportes del fondo privado al público y se efectúe la afiliación RPMPD. De igual manera, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez junto con el retroactivo, intereses moratorios e indexación.

Fundamentó sus pretensiones al indicar, en síntesis, que nació el 26 de octubre de 1967, efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 1 de junio de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1996 y a Protección desde enero de 1997 a noviembre de 2018. Señaló que los promotores o asesores de Colpensiones y Protección al momento de las respectivas afiliaciones no cumplieron con el deber de información por cuanto no se le brindó a la actora asesoría, buen consejo, la doble asesoría, no le suministraron ningún tipo de información para realizar de manera consciente e ilustrada su traslado, no se realizó ningún tipo de estudio o asesoría sobre el impacto y el alcance que tendría para ella ese cambio como tampoco las características y condiciones de cada uno de los regímenes ni las ventajas o desventajas del traslado realizado. Por lo anterior, que el 27 de enero y 6 de febrero de 2020 solicitó a Colpensiones y Protección la nulidad del traslado, y a la primera de ellas el reconocimiento de la pensión de vejez (índice 05 págs. 62 a 69 e índice 7 págs. 2 y 3).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda. Expuso que en el presente asunto no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y Protección es nulo y/o ineficaz, toda vez que obra dentro del plenario medios de prueba documentales suficientes los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse de régimen. Formuló como excepciones de mérito, entre otras, las de: *prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual e inexistencia del derecho y de la obligación*².

A su turno, Protección se opuso a las pretensiones de la demanda. Sostuvo que el acto de afiliación se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada. Como excepciones de fondo formuló entre otras: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general*

² Índice 15

*de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguro previsional y la innominada o genérica*³.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de agosto de 2022, resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante MAGNOLIA DEL ROSARIO CORAL GARCIA, mediante la suscripción de afiliación al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS DAVIVIR S.A, realizada el 27/12/1996, por falta de información completa, cierta, veraz y oportuna y en consecuencia se declara la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, por no haberse cumplido con este deber de información, y ordena su regreso automático sin solución de continuidad al RPM administrado por Colpensiones conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que debe recibir y restablecer afiliación de la señora MAGNOLIA DEL ROSARIO CORAL GARCIA al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a realizar la devolución con destino al RPM administrado por COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MAGNOLIA DEL ROSARIO CORAL GARCIA, correspondientes a cotizaciones, frutos e intereses de conformidad a lo establecido por el artículo 1746 del C.C., incluyendo la devolución de las sumas que le hubieren sido descontadas durante su vinculación a esta administradora por concepto de gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, con cargo a sus propias utilidades y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, también debidamente indexados devolución que debe ser acompañada con la documental que le permita a Colpensiones establecer que se hace la devolución en los términos establecidos en esta providencia, se le otorga el término a los 15 días hábiles a la ejecutoria de la sentencia para hacer la devolución correspondiente, de conformidad a la parte motiva de esta sentencia.

³ Índice 17.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las AFP PROTECCION S.A., con destino a Colpensiones debe revisar que se haya hecho la devolución en los términos indicados en esta sentencia y de manera inmediata deberá imputar en la historia laboral de la demandante la señora magnolia del Rosario Coral García, las semanas cotizadas durante su vinculación en el RAIS en la historia laboral de carácter pensional de Colpensiones de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción propuesta por Colpensiones de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa para pedir frente a las pretensiones relacionadas con que se reconozca por parte de Colpensiones la pensión de vejez con retroactivo pensional a favor de la señora MAGNOLIA DEL ROSARIO CORAL GARCIA, previo traslado de aportes de AFP PROTECCION S.A. a Colpensiones y en relación a la solicitud de intereses moratorios señalados por el artículo 141 Ley 100/93 y se ABSUELVE de estas pretensiones a Colpensiones, en relación a las demás excepciones planteadas por las demandada COLPENSIONES Y Administradora de fondos de pensiones y cesantías PROTECCION S.A. se declara no probadas, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a AFP PROTECCION S.A. y COLPENSIONES y deben ser tasadas por secretaría practíquese la liquidación de costas la suma de \$ 1.000.000, y a cargo de Colpensiones por concepto de Agencias en Derecho la suma de \$ 250.000.

SEPTIMO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta”.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en el que solicitó acceder el reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la demandante por considerar que es incierto el término de duración del presente proceso, desde su presentación hasta que se dicte sentencia que ponga fin al mismo, pues aunque no puede afirmarse que la señora Magnolia del Rosario Coral García a la fecha tiene derecho a la pensión de vejez, la razón del pedimento se encuentra fundamentada en que la prestación económica se debe reconocer hasta que el máximo ente decida, dependiendo de los recursos que puedan interponer el demandante y los demandados; además, que no se tenía certeza del tiempo en que se iba a resolver la primera instancia y teniendo en cuenta que el Tribunal puede

extenderse temporalmente para resolver el recurso, es por ello que solicita el reconocimiento de la pensión de vejez. Agregó que si bien la actora no cuenta con régimen de transición, lo cierto sí tendría derecho a la prestación pensional de acuerdo con la Ley 797 de 2003, por contar con más de 1300 semanas y 57 años de edad, ya que se debe prever la decisión del máximo ente que ponga fin del presente proceso. Reiteró que sí debe analizarse el derecho a la pensión de vejez junto con el retroactivo e intereses moratorios en tanto que se desconoce cuánto tiempo se tarde segunda instancia en resolver el presente asunto y si las partes interpondrán recurso de casación.

Por otra parte, solicitó delimitar la posición frente a los vicios del consentimiento, ya que si bien no hay fuerza ni dolo, en el presente caso se configura un error contundente relacionado con el actuar de los funcionarios del fondo privado en su agilidad para afiliar a la demandante al RAIS; error que afectaba el IBC y respecto del cual Colpensiones también incurrió en el mismo, pues esa administradora no le advirtió a la actora que su pensión iba a quedar en un salario mínimo aun sabiendo que la afiliada cotizaba sobre 4 o 2 salarios. De igual manera, que existió un vicio en el consentimiento por parte de los fondos de pensiones del RPMPD y el RAIS, por cuanto no le advirtieron a la demandante que su IBL se iba afectar (min. 1:37:40).

Colpensiones interpuso recurso de apelación respecto a las condenas y obligaciones impuestas a esa entidad, teniendo en cuenta que no comparte los argumentos que conllevaron a proferir la sentencia de primera instancia. Sostuvo que el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez toda vez que no existen vicios de consentimiento al momento del traslado suscrito por la actora el 27 de diciembre de 1995 con la AFP Santander; que no le asiste derecho a la ineficacia solicitada por cuanto la actora tuvo conocimiento del traslado realizado al RAIS, sin que sea procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la parte actora y la AFP es nulo, toda vez que obra dentro del presente proceso los medios de prueba y documentales suficientes que conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le conducirían trasladarse del RPMPD al RAIS. Aseguró que tampoco se observa ninguno de los vicios del consentimiento que normativamente se encuentran regulados en el artículo 1508 relativos al error, fuerza y dolo; adicionalmente, recordó que los afiliados cuentan con el derecho de escoger libremente a qué régimen se afilian tal como lo indica el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que señala que después de un año de vigencia de esa ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, por lo que en

el presente caso no se configuran los presupuestos para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada, el cual suministró información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no se evidencia vicio del consentimiento ni por fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligada ni mucho menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara.

Por otra parte, solicitó tener en cuenta que el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, manifiesta que las actuaciones de los particulares y autoridades públicas deberán ceñirse bajo los postulados de la buena fe, el cual se presumirá en las gestiones que aquellos adelanten ante estas, y que correspondía a la parte actora desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones (min 1:46:30).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Magnolia del Rosario Coral García del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Protección S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 26 de octubre 1967 (índice 05 pág. 15); ii) se afilió al ISS en junio de 1987 (págs. 3-4 *ibídem*); y iii) que el 27 de diciembre de 1996 se trasladó al RAIS a través de la AFP Davivir hoy Protección (índice 17 pág. 37).

Ahora bien, como tesis al caso se ha expuesto, que los asuntos sobre la ineficacia de traslado propiamente no tratan del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

En ese sentido, se itera, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado

el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites 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, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele 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.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel

de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia la persona afiliada o que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que, entre otros, la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que

resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca *“los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque *“los mismos serán utilizados*

para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima” (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

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

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad de los apelantes no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal tercero de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Protección S.A., que retorne a Colpensiones, el bono pensional si existiese, las comisiones debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

Determinado lo anterior, procede la Sala a estudiar la solicitud del reconocimiento de la pensión de vejez, advirtiendo que la señora Magnolia del Rosario Coral García no es beneficiaria del régimen de transición, como quiera que para el 1º de abril de 1994 contaba con 26 años de edad y 312,57 semanas, es decir, no cumplió con ninguno de los requisitos establecidos en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 – 35 años de edad o 15 años de servicios- para ser beneficiaria del mismo.

Tampoco tiene derecho al reconocimiento de la prestación en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, según el cual, para acceder al derecho pensional se requiere haber cotizado 1300 semanas y contar con 57 años de edad, presupuestos que no se encuentran acreditados, dado que la actora a la fecha cuenta con 55 años de edad, sin que sea dable en este escenario, como lo pretende el apelante, efectuar conjeturas bajo los supuestos que desde la interposición de la demanda hasta que se profiera sentencia que ponga fin al proceso de la referencia transcurrirá cierto periodo y que para en ese entonces la actora ya acreditará la totalidad de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR al ordinal tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de agosto de 2022, en donde es demandante MAGNOLIA DEL ROSARIO CORAL GARCÍA y demandadas LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; para ordenar a PROTECCIÓN S.A. que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primer grado, los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus

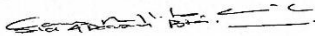
propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

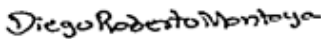
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b4f02a20cf868a34a4be2f5c6f0ff51f855e173fd54c3034b949473a3b723f**

Documento generado en 29/09/2023 04:17:30 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-29- de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-033-2021-00286-01

Demandante: URIEL CASTRO CÁRDENAS

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A.

Conforme documental allegada, obra como apoderado de PORVENIR S.A. el doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ y como apoderado de COLPENSIONES el doctor HENRY DARIO MACHADO.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de Colpensiones y Porvenir, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá el 1° de febrero de 2023. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

¹ Pase despacho 17/02/2023

El ciudadano Uriel Castro Cárdenas, llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., para que se declare la ineficacia y nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Porvenir S.A., en consecuencia, se ordene el traslado de la totalidad de los aportes del fondo privado al público y se efectúe la afiliación al RPMPD.

Fundamentó sus pretensiones al indicar, en síntesis, que el actor el 1 de enero de 1982 (1/01/1982) inició sus cotizaciones a seguridad social en pensiones en el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones; que en el año 1996 se trasladó al RAIS administrador por ING hoy Protección, momento para el cual no se le explicó los verdaderos beneficios y riesgos de trasladarse de régimen, pues se le informó de forma engañosa que le era más beneficioso estar en el RAIS. Con base en lo anterior, tomó la decisión de trasladarse de régimen; posteriormente, en el año 2000 se trasladó a Porvenir, donde tampoco le explicaron los verdaderos beneficios y riesgos de estar en el RAIS. Agregó que mediante asesoría prestada el 22 de febrero de 2021, Porvenir le explicó que su pensión estaría entre 1 o 2 salarios mínimos toda vez que sus ahorros no le permiten tener una pensión más elevada, razón por la cual solicitó a Porvenir y Colpensiones el traslado de régimen, administradoras que negaron la petición (índice 02 págs. 1 a 15).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir allegó escrito de contestación en el que se opuso a las pretensiones de la demanda, y respecto de los hechos adujo no ser ciertos ni constarle los relacionados en el libelo demandatorio. Sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen pensional ya que la afiliación de la parte demandante con esa administradora efectuada en el año 2003 se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informado, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación No. 10252901, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito formuló las de: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica*².

² Índice 07

A su turno Protección se opuso a las pretensiones de la demanda, frente a los hechos aceptó al relativo a la fecha de traslado de régimen del actor, indicó no ser ciertos ni constarle los demás. Destacó que en el presente caso se advierte que el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; además, que el formulario de vinculación se suscribió en forma libre y espontánea, solemnizándose de esa forma su afiliación. Formuló como excepciones de fondo entre otras, las de: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones*³.

Por su parte, Colpensiones se opuso frente a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó los relativos a las fechas de afiliación en el otrora ISS y de la reclamación presentada, frente a los demás supuestos fácticos adujo no constarle. Como excepciones de mérito formuló, entre otras, las de: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la innominada o genérica* ⁴.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, el 1° de febrero de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada el señor URIEL CASTRO CARDERNAS identificado con la cédula de ciudadanía (...), afiliado el 17 de octubre de 1996 a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN.

SEGUNDO: DECLARAR que URIEL CASTRO CARDERNAS actualmente se encuentra afiliado de al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR, fondo actual del demandante, a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de URIEL CASTRO CARDERNAS a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.

³ Índice 8.

⁴ Índice 09.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación del señor URIEL CASTRO CARDERNAS al RPM e integrar en su totalidad la historia laboral.

QUINTO: ORDENAR a PORVENIR y a PROTECCIÓN a transferir a las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEXTO: CONMINAR a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en ordinales anteriores.

SEPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: COSTAS quedan a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN. Agencias en Derecho deberá reconocer cada una de ellas en favor del demandante”.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir interpuso recurso de apelación en el que expuso que, conforme lo ha establecido la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia, la indexación ordenada en primera instancia es improcedente, pues dicho concepto hace referencia a la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada devaluación inflacionaria de la economía, y que en ese orden de ideas teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de los afiliados, resulta incompatible ordenar la indexación, pues los recursos de las cuentas de ahorro individuales del demandante no se vieron afectados por la inflación, por el contrario, han generado rendimientos incluso superiores a los establecidos por la ley; por lo que el traslado de los rendimientos compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar (min. 1:24:29).

Por su parte, el apoderado de Colpensiones en el recurso de apelación interpuesto manifestó su inconformidad a la declaratoria de ineficacia de traslado pues la misma se fundamentó en la falta del deber de información que tenía la AFP Davivir, hoy Protección al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pasando por alto

que para esos años la normativa aplicable era la Ley 100 de 1993 según la cual preveía que esa la aceptación es espontánea, libre, expresa e informada de cada afiliado para trasladarse de régimen, aceptación que se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación lo cual en este asunto se vio a plenitud. En cuanto a la carga de la prueba que recae única y exclusivamente en cabeza de las AFP, señaló que los fondos contaban exclusivamente con ese consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento del afiliado respecto de su traslado, por tanto entre el año 1994 y 2016 no exigía nada diferente a ese documento de afiliación e imponer cargas adicionales a las leyes de esa época constituye una situación de carácter imposible. De igual manera, expresó la interpretación errónea del artículo 1604 del CC, pues la Corte Suprema de Justicia invierte de manera irracional no ponderada la carga de la prueba, suscitando que esa responsabilidad en cabeza de los fondos se convierte en objetiva. En este punto resaltó que, según lo manifestado por el juez de primer grado, las ineficacias se dan de acuerdo con la falta de información que al momento de ese traslado de régimen se realizaron para el año 1996, sin tener en cuenta que para esos años solo se exigía el formulario de afiliación para acreditar que se brindó esa información a los demandantes, formularios que, conforme se observó en el interrogatorio de parte, se firmaron de manera voluntaria.

Agregó que ese juzgamiento de las conductas de los fondos basado en normas inexistentes, no tienen justificación jurídica alguna y viola gravemente el derecho de Colpensiones quien sin haber participado en esos trámites de traslado es quien a futuro debe afrontar unas cargas prestacionales a favor del demandante, sin tenerse en cuenta el principio de relatividad jurídica en torno a que Colpensiones es un tercero y que los actos jurídicos solo deben tener efectos inter partes, así como esas consecuencia las consecuencias solo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo que la administradora pública no podría de ninguna manera ser favorecida ni mucho menos perjudicada sobre esos contratos que se celebraron entre el demandante y las AFP. Por otra parte, puso de presente que el demandante ha permanecido en el RAIS por más de 20 años, por lo que Colpensiones resulta lesionada con la decisión recurrida, en cuanto al equilibrio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 supralegal, adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, máxime cuando el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 regula la prohibición expresa de que el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para el cumplimiento de la edad mínima para tener derecho a la pensión (min 1:28:05).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Uriel Castro Cárdenas del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 16 de septiembre de 1962 (índice 2 pág. 17); ii) se afilió al ISS el 1 de enero de 1982 (índice 9 págs. 82 a 88); iii) que el 17 de octubre de 1996 se trasladó al RAIS a través de Davivir hoy Protección (índice 08 pág. 21); iv) posteriormente hizo un traslado horizontal el 22 de mayo de 1997 de Davivir a Colmena hoy Protección (índice 08 pág. 22); y v) el 31 de enero de 2003 se trasladó de Santander a Porvenir (índice 07 pág. 69).

Ahora bien, puede indicarse que al tratar el presente asunto sobre la ineficacia de traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

En ese sentido, se itera, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites 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, dejando a salvo las

sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele 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.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, cada AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663

de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

En consecuencia, el formulario diligenciado no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que esta ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho

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

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca “los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que se estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima” (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

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

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará al ordinal quinto de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Porvenir S.A., que retorne a Colpensiones, los aportes que a nombre del actor existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y las comisiones debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora. Así como, por efecto de no exclusión de conceptos a ser retornados, se adicionará el referido ordinal para ordenar a Protección que retorne a Colpensiones los rendimientos que a nombre del actor existan junto con el bono pensional si existiese y las comisiones debidamente indexadas.

En cuanto a la excepción de prescripción, debe precisarse que los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponibles. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia, se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR al ordinal quinto de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá el 1° de febrero de 2023, en donde es demandante URIEL CASTRO CÁRDENAS y demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., para ordenar a Porvenir S.A. y Protección S.A. que retornen a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primera instancia, los rendimientos que a nombre del actor existan junto con el bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y

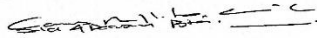
con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a estas administradoras.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

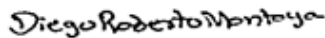
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4c84fc6d12d56736d1122ec7f6e08436a4902165d0df230f67b01b5e03ff0a9b**

Documento generado en 29/09/2023 04:17:31 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-29- de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-039-2020-00035-01

Demandante: ANA JULIA BASTO TRUJILLO

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,
COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A.

Conforme documental allegada, obra como apoderado de PORVENIR S.A. el doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ y como apoderada sustituta de COLPENSIONES la doctora PAOLA ALEJANDRA MORENO VÁSQUEZ.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de Colpensiones y Porvenir, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de enero de 2023. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Ana Julia Basto Trujillo, llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare nula y/o ineficaz del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Porvenir S.A., en

¹ Pase despacho 13/02/2023

consecuencia, se ordene el traslado de la totalidad de los aportes del fondo privado al público y se efectúe la afiliación al RPMPD.

Fundamentó sus pretensiones al indicar, en síntesis que, nació el 1° de diciembre de 1961, se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones el 2 de febrero de 1979 y a la fecha cuenta con más de 1.500 semanas cotizadas. Señaló que en vista que cumple los requisitos para la pensión de vejez se dio cuenta que está afiliada a Porvenir S.A., sin que hubiese recibido información sobre el derecho de retracto, ni del tiempo para ejercerlo por parte de esa administradora, así como tampoco se le informó la naturaleza de dicho régimen de captación, ni la información sobre desventajas e implicaciones económicas del traslado de régimen. Agregó que no fue ilustrada sobre los diferentes escenarios comparativos de pensión de carácter técnico en uno o en el otro régimen pensional, nunca le fue sugerido la opción de quedarse en el RPMPD y que no se le informó sobre las condiciones y características de ambos regímenes ni sobre ventajas y desventajas del traslado de régimen, razón por la cual el 26 de noviembre de 2019 elevó petición en la que solicitó a Porvenir para que realizara el debido traslado de régimen, obteniendo una respuesta negativa (Exp. Digital: índice 01 págs. 4 a 20)

Admitida la presente demanda ordinaria laboral contra Colpensiones y Porvenir S.A., el juzgado de primer grado por auto del 18 de noviembre de 2021 (18/11/2021) ordenó vincular al trámite a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.²

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir allegó escrito de contestación en el que se opuso a las pretensiones de la demanda. Sostuvo que la vinculación de la demandante con Porvenir S.A. en el año 1995 fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación No. 0534766 en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito formuló las de: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica*³.

A su turno Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda. Destacó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente se le hubiese

² Índice 17

³ Índice 07

hecho incurrir a la demandante en un error por falta al deber de información. Formuló como excepciones de fondo, entre otras: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la innominada o genérica*⁴.

Por su parte, Protección se opuso frente a las pretensiones. Destacó que se advierte un acto de afiliación existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Como excepciones de mérito formuló las de: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y la innominada o genérica*⁵. En cuanto a Colfondos S.A., mediante auto del 17 de noviembre de 2022 se tuvo por no contestada la demanda por esa administradora⁶.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de enero de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora ANA JULIA BASTO TRUJILLO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR con efectividad a partir del 01 de junio de 1996 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó del régimen de prima media, situación que también se debe entender de las demás afiliaciones que se hicieron en el RAIS, es decir, de PORVENIR a COLFONDOS, de COLFONDOS a PROTECCIÓN y de PROTECCIÓN a PORVENIR.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS y PROTECCIÓN a que transfiera a COLPENSIONES, las sumas que recibieron por gastos o comisiones de administración, las sumas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, emolumentos que deberán indexarse al momento del pago y para la primera para Colfondos los que recibió durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante, 1 de mayo de 1999 al 31 de mayo de 2000 y para PROTECCIÓN del 1 de junio de 2000 al 30 de septiembre de 2003.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR a que transfiera a Colpensiones, todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bonos pensionales de haberse redimido, así como los gastos o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima,

⁴ Índice 13.

⁵ Índice 21.

⁶ Índice 33.

estos últimos de gastos de administración en adelante debidamente indexados, desde el 01 de junio de 1996 al 30 de abril de 1999 y, del 01 de octubre de 2003 hasta que se haga efectiva la sentencia en caso de que quede ejecutoriada.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que tratan los numerales segundo y tercero y reactive la afiliación de la demandante sin solución de continuidad al régimen de prima media.

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

SEXTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que pueda causar esta decisión y en contra de PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR, COLFONDOS Y PROTECCIÓN dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2.000.000, para la liquidación se deberá tener en cuenta la regla 6 del art 365 y esto es repartir dicha suma en partes iguales”.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir interpuso recurso de apelación en el que expuso que frente al numeral tercero de la sentencia y específicamente frente a la orden que se le dio a esa administradora de devolver los conceptos debidamente indexados, mediante sentencia SL9316-2016 la Corte Suprema de Justicia precisó que la indexación es la simple actualización de la moneda para restar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía; como quiera que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, resulta incongruente ordenar la indexación de los valores a trasladar, toda vez que los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante nunca se vieron afectados o por la devaluación, como quiera que Porvenir por su administración le garantizó rendimientos a los mínimos establecidos en la ley, estos son muy superiores a los que se le hubieren concedido en el RPMPD, de manera que al ordenar la devolución de los rendimientos financieros, se incluye los frutos e intereses de los dineros recibidos como consecuencia de la afiliación de la actora, para lo cual se debe descartar la indexación (min. 1:34:38).

Por su parte, Colpensiones interpuso recurso de apelación en el que señaló que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional de conformidad con los preceptos legales y jurisprudenciales, que no se acreditó que hubiese existido ningún tipo de engaño por parte de las AFP que dieran paso a declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que dentro de las oportunidades legales la actora nunca manifestó deseo alguno de retractarse de la afiliación

efectuado al RAIS, resultando así en asumir las consecuencias legales de tal decisión que no son otras que las de regirse por las normas, requisitos y procedimientos establecidos por el RAIS desde el día que realizó su traslado (min. 1:37:34).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Ana Julia Basto Trujillo del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 1° de diciembre de 1961 (hecho primero de la demanda, aceptado Colpensiones), ii) se afilió al ISS el 2 de febrero de 1979 (índice 13 págs. 67 a 72); iii) que el 20 de mayo de 1995 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir (pág. 70 índice 07); iv) posteriormente hizo un traslado horizontal el 3 de agosto de 1999 de Porvenir a Colfondos (pág. 37 índice 21); v) luego efectuó otro traslado entre administradoras del RAIS de Colfondos a Santander hoy Protección el 24 de abril de 2000 (pág. 30 índice 21); y el 29 de agosto de 2003 retornó a Porvenir (pág. 71 índice 07).

Ahora bien, puede indicarse que al tratar el presente asunto sobre la ineficacia de traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

En ese sentido, se itera, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de

la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites 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, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele 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.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, cada AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible

y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que esta ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo

privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca “los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que se estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima” (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

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

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, por efecto de no exclusión de conceptos a ser retornados, se adicionará al ordinal segundo de la sentencia de primer grado para ordenar a Colfondos y Protección que retornen a Colpensiones los rendimientos que a nombre de la actora existan junto con el bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a estas .

De igual manera, se adicionará al ordinal tercero de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Porvenir S.A., que retorne a Colpensiones, los conceptos ordenados en la sentencia de primer grado y comisiones, con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y que al momento de cumplirse lo anterior, además, que los mismos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

En cuanto a la excepción de prescripción, debe precisarse que los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia, se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR al ordinal segundo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de enero de 2023, en donde es demandante ANA JULIA BASTO TRUJILLO y demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y

PROTECCIÓN S.A., para ordenar a Colfondos S.A. y Protección S.A. que retornen a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primera instancia, los rendimientos que a nombre de la actora existan junto con el bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a estas administradoras.

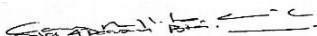
SEGUNDO: ADICIONAR al ordinal tercero de la sentencia de primer grado, para ordenar a Porvenir S.A., para que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primer grado, los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

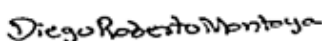
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:
Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado
Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **fea183375366f49b5c7850952ed6bac26ba62eafc6dce59f45a8a4b7359274e1**

Documento generado en 29/09/2023 04:17:33 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-29- de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-002-2020-00439-01

Demandante: FRANCISCO JOSÉ ALBERTO RODRÍGUEZ ALVIRA
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Conforme documental allegada, obra como apoderado de la parte demandante el doctor CARLOS ALBERTO BALLESTEROS BARÓN y como apoderada sustituta de COLPENSIONES la doctora VIVIANA MORENO ALVARADO.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de enero de 2023. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Francisco José Alberto Rodríguez Alvira llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección, para que se declare la inexistencia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD al Régimen

¹ Pasa a despacho 7/02/2023

de Ahorro Individual con Solidaridad administrado actualmente por Protección S.A., en consecuencia, se ordene el traslado de los aportes del fondo privado al público y se efectúe la afiliación RPMPD.

Fundamentó sus pretensiones al indicar, en síntesis, que nació el 3 de julio de 1960 y que estuvo afiliado al RPMPD administrado por el ISS, hoy Colpensiones desde el año 1992. Posteriormente, que el 1 de septiembre de 2000 por no recibir información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna, suscribió de afiliación con Protección, trasladándose así al RAIS. Manifestó que se afilió a ese fondo privado ya que por la desinformación de Protección consideró que el RAIS le era más beneficioso que el RPMPD; que tampoco se le explicó las características de los regímenes, las advertencias de los riesgos que existían por trasladarse, que la pensión podría ser inferior en el RAIS, ni otros requisitos y condiciones para obtener la prestación económica por vejez. Agregó que Protección realizó la proyección pensional la que arrojó que su mesada pensional a los 62 años correspondería a \$2.368.424 en el RAIS, mientras que en el RPMPD sería de \$11.638.820, diferencia que le causa perjuicios al demandante, razón por la que presentó ante las administradoras demandadas la solicitud de traslado de régimen, entidades que dieron respuesta negativa (Exp. Digital: «01. Escrito Demanda Unificado (acta reparto).pdf» págs. 5 a 24).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Protección se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento del demandante y sobre la proyección de su mesada pensional; indicó no aceptar ni constarle los demás supuestos fácticos de la demanda. Expuso que la afiliación objeto de discusión es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, pues el señor Francisco José Alberto Rodríguez Alvira suscribió el formulario de vinculación en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como del afiliado. Como excepciones de mérito formuló entre otras las de: *prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y la prima del seguro previsional y la innominada o genérica*².

Por su parte, Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó aceptar los hechos relativos a la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación que sostuvo en el RPMPD y la reclamación por él presentada; frente a los demás

² Exp. Digital: «04. Contestacion Demanda Proteccion S.A. - 20210730.pdf»

supuestos fácticos indicó no ser ciertos o no constarle. Sostuvo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; Formuló como excepciones de fondo entre otras, las de: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad y la innominada o genérica*³.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de enero de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó el señor FRANCISCO JOSÉ ALBERTO RODRÍGUEZ ALVIRA identificado con cédula de ciudadanía No. (...), a PROTECCIÓN, el día 01 de septiembre de 2000, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la PROTECCIÓN S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante señor FRANCISCO JOSÉ ALBERTO RODRÍGUEZ ALVIRA tales como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, sus respectivos rendimientos financieros y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar tales valores, y tener como válida la afiliación de la demandante efectuada en el Régimen de Prima Media en 1992, situación que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de historia laboral.

CUARTO: Se absolverá a las demandadas de las restantes pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte accionada la PROTECCIÓN S.A y a COLPENSIONES, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma total equivalente a (1/2) medio SMLMV a cargo de éstas.

SEPTIMO: Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior”.

³ Exp. Digital: «05. Contestación Colpensiones.pdf »

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en el que indicó que la orden judicial está vulnerando la prohibición legal en la que se encuentra inmerso el demandante, además, la AFP privada cumplió con los requisitos normativos que se exigían para la época del traslado del actor, cumplió con la normativa y los requisitos que se exigían para dicho traslado, por ende, en ese momento fue válido y eficaz el mismo y no existe lesión injustificada en los derechos pensionales del demandante. señaló que la única inconformidad versa en la percepción de que la mesada pensional puede ser más alta en el RPMPD, lo cual se debe a varios factores como que el demandante maneje su cuenta de ahorro individual y el riesgo en el cual tenga los aportes, sin que sea una lesión injustificada. Solicitó que, de ratificarse la sentencia de primera instancia, se absuelva a Colpensiones de la condena en costas, pues esa administradora es una entidad de buena fe que no tuvo injerencia en este proceso, ya que no podía oponerse al traslado que decidió realizar el demandante; igualmente, se tenga cuenta que los dineros que maneja Colpensiones son única y exclusivamente para pagos de mesadas pensionales que no pueden ser usados para otro rubro o gasto, situación que afectaría la sostenibilidad financiera del sistema (min.55:02).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Francisco José Alberto Rodríguez Alvira del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Protección S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que el demandante nació el 3 de julio de 1960 (índice 1 pág. 27), ii) se afilió al ISS el 11 de octubre de 1996 (págs. 56 a 61 *ibídem*) y iii) que el 01 de septiembre de 2000 se trasladó al RAIS a través de la AFP Santander hoy Protección S.A. (índice 4 pág. 31).

Ahora bien, como tesis al caso se ha expuesto, que los asuntos sobre la ineficacia de traslado propiamente no tratan del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte

Constitucional C-789 de 2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

En ese sentido, se itera, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites 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, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele 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.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993,

10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia la persona afiliada o que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que, entre otros, la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión

de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca *“los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados*

y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque *“los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima”* (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

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

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad de la demandada no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a la AFP privada que retorne con destino a Colpensiones, el bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual la recurrente no obtuvo sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado, esto que implica que sea Colpensiones deba activar la afiliación del demandante, así como recibir los aportes y conceptos mencionados.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR al ordinal Segundo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de enero de 2023, en donde es demandante JOSÉ ALBERTO RODRÍGUEZ ALVIRA y demandadas la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; para ordenar a PROTECCIÓN S.A. que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primer grado, los aportes que a nombre del actor existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos

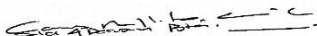
deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

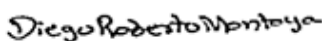
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 08e0ae5c70de9cd06ac981bd3b8ea142f895e0399c2546c9ec5edfc6e0f51b46

Documento generado en 29/09/2023 04:17:34 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-29- de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-002-2021-00210-01

Demandante: DIANA PATRICIA NIÑO CHAPARRO
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR
S.A.

Conforme documental allegada, obra como apoderado de la parte demandante la doctora CLAUDIA ROCIO SOSA VARÓN; como apoderado de PORVENIR el doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ y como apoderada sustituta de COLPENSIONES la doctora LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de reposición interpuesto por la apoderada de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de enero de 2023. De igual manera, el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Diana Patricia Niño Chaparro llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad y/o ineficacia

¹ Pasa a despacho 10/02/2023

del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrador actualmente por Porvenir S.A., en consecuencia, se ordene el traslado de los aportes del fondo privado al público y se efectúe la afiliación RPMPD.

Fundamentó sus pretensiones al indicar, en síntesis, que nació el 21 de abril de 1970 y que entre el 3 de mayo de 1989 y el 31 de marzo de 1999 cotizó 481 semanas para pensión en el ISS hoy Colpensiones. Narró que el 1 de abril de 1999 se trasladó del RPMPD al RAIS a través de Porvenir, administradora donde actualmente se encuentra cotizando; data para lo cual los requisitos para acceder a la pensión de vejez eran los establecidos en la Ley 100 de 1993, antes de la modificación introducida por la Ley 797 de 2003. Preciso que los funcionarios de Porvenir, al momento de invitar a la actora a trasladarse de régimen, no le informaron cuáles eran los requisitos y condiciones para su pensión en el RPMPD, pues no le hicieron una proyección pensional, como tampoco le informaron sobre las consecuencias desfavorables que le podía ocasionar esa decisión. Que a corte 31 de diciembre de 2020 contaba con un total de 1601 semanas cotizadas, un bono preliquidado por valor de \$2.231.075, aportes en Porvenir por valor de \$312.068.935 y que teniendo en cuenta todos esos factores, el valor de la mesada pensional en el RPMPD sería superior a la del RAIS, razón por la que solicitó a Colpensiones el traslado, el cual fue negado por esa administradora mediante comunicación del 16 de marzo de 2021 (Exp. Digital: «01EscritoDemenda.pdf» págs. 2 a 28).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir su opuso a las pretensiones de la demanda e indicó no aceptar ni constarle los supuestos fácticos de la demanda. Expuso que la afiliación de la parte demandante con Horizonte S.A. en el año 1999, se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación – documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico. Formuló como excepciones de mérito las de: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica*².

A su turno, Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento y edad del accionante, periodo y semanas que cotizó en el otrora ISS y la reclamación administrativa presentada, respecto a los

² Exp. Digital: «03ContestacionDemandaColpensiones.pdf»

demás supuestos adujo no constarle. Sostuvo que no es procedente declarar la nulidad de traslado que la señora Diana Patricia Niño Chaparro realizó al RAIS en abril de 1999 toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Como excepciones de fondo formuló entre otras, las de: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la innominada o genérica*³.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de enero de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO de la señora DIANA PATRICIA NIÑO CHAPARRO identificada con cédula de ciudadanía No. (...), a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el día 29 de marzo de 1999, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante señora DIANA PATRICIA NIÑO CHAPARRO, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses, esto es con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación efectuada por el demandante el 3 de mayo de 1989, situación que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información laboral.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A y a COLPENSIONES, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma total equivalente a (1/2) medio SMLMV a cargo de éstas.

SEXTO: Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior”.

³ Exp. Digital: « 06ContestacionColpensiones.pdf»

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en el que indicó que en la sentencia recurrida no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, entendiendo que Colpensiones es un tercero en los actos jurídicos celebrados entre la actora y Porvenir, actos que tienen efectos interpartes. Señaló que la decisión judicial no puede perjudicar a la administradora pública pues nada tuvo que ver con la decisión que tomó la actora en el momento de trasladarse. Por otra parte, solicitó se estudie si efectivamente la AFP faltó con su deber legal, si cumplió o no con la normatividad que se encontraba vigente en el momento del traslado, y que no se condene a Colpensiones ya que la decisión afecta gravemente el sistema de seguridad social en pensiones establecido en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005; que en caso de mantenerse en firme la decisión, solicitó se condene a la AFP que incumplió con su deber legal, pagarle a Colpensiones los perjuicios económicos que le genera en atención a la teoría del daño (min.55:00).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por Diana Patricia Niño Chaparro del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 21 de abril 1970 (índice 1 pág. 32), ii) se afilió al ISS el 3 de mayo de 1989 (págs. 33 a 39 *ibídem*) y iii) que el 29 de marzo de 1999 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir (índice 5 pág. 82).

Ahora bien, como tesis al caso se ha expuesto, que los asuntos sobre la ineficacia de traslado propiamente no tratan del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

En ese sentido, se itera, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites 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, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele 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.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de

información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia la persona afiliada o que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que, entre otros, la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que este ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión

de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca *“los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el*

porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima” (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

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

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad de la demandada no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a la AFP privada que retorne con destino a Colpensiones, el bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Finalmente, en lo que respecta a la solicitud de Colpensiones de reconocer el valor de los perjuicios ocasionados, la misma se torna improcedente como quiera que tal aspecto no fue objeto de debate probatorio, pues ninguna pretensión se erigió tendiente a obtener el pago de este concepto a favor de esa administradora, así como tampoco fue propuesta dicha temática a lo largo del juicio.

Agotada la competencia de la Sala, bajo los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR al ordinal Segundo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de enero de 2023, en donde es demandante DIANA PATRICIA NIÑO CHAPARRO y demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; para ordenar a PORVENIR S.A. que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primer grado, los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior,

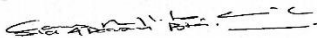
esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

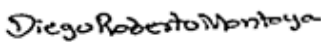
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 37960ecb2a63c41a89194a70efbaf05e3895e4af9e92e441cd38e30f4ac74e40

Documento generado en 29/09/2023 04:17:28 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-29- de septiembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-005-2021-00621-01

Demandante: GABRIELA LUISA CECILIA CASAS RUDBECK
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y
ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.

AUTO

Conforme documental allegada, obra como apoderado de Porvenir S.A. el doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ.

Reasumida la actuación por el doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán T. P. 86117 del C.S. de la J. como apoderado de Colpensiones, se acepta la renuncia al poder otorgado por esta entidad al citado profesional.

Magistrado

Carlos Alberto Cortés Corredor

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado

¹ Pase a Despacho 2/02/2023

Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá del 05 de octubre de 2022. De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Gabriela Luisa Cecilia Rudbeck llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones., Porvenir S.A., y Protección S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A. y los posteriores traslados al RAIS, siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS, junto con sus rendimientos, ordenar a COLPENSIONES activar la afiliación, aceptar y recibir el traslado de los aportes, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 02/09/1966, que estuvo vinculada en el RPM administrado por el ISS desde el 19/03/1985, que se trasladó de régimen pensional en febrero de 1996 a la AFP Porvenir S.A., que posteriormente en octubre de 1998 y noviembre de 2020; se presentan dos traslados horizontales, a través de la entonces AFP Colmena e ING Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A., finalmente en el 2009 se traslada a BBVA Horizonte hoy Porvenir S.A., que al momento del traslado los asesores de los fondos privados no brindaron una información suficiente respecto al traslado de régimen, no se indicaron las ventajas y desventajas del RAIS y del RPM; que para el 30 de septiembre de 2021 acredita un total de 1.196 semanas; que el 02 de noviembre de 2021 solicitó a Porvenir S.A., la nulidad del traslado; el 02 y 9 de noviembre de 2021, solicitó a Colpensiones y Protección la declaratoria de ineficacia del traslado, entidades que dieron respuesta negativa².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, respecto a los hechos aceptó lo referente a la edad de la actora y las semanas de cotización al RPM, argumentó que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, señaló que aceptar a la actora como afiliada

² Exp. Digital «índice 02 pdf 1 a 11»

del RPM estaría en contravención con el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema; que el traslado de régimen fue de manera libre y voluntaria ejerciendo la accionante le derecho a libre escogencia de régimen. Formuló excepciones de fondo, entre otras, las de: *cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada*³.

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expuso para ello que, la afiliación fue producto de una decisión libre sin presiones o engaños, válido, exento de vicios de conocimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, en cumplimiento del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Que el acto de afiliación es existente y válido, exento de vicios del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo, entre otras, las de: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*⁴.

Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expuso para ello que, la vinculación al RAIS se cumplió con los deberes de información, ya que se asesoró a la actora de manera precisa y veraz de acuerdo con las disposiciones de la Ley 100 de 1993, las características y condiciones del régimen. Propuso como excepciones de fondo, entre otras, las de: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación*⁵.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del cinco (05) de octubre de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora GABRIELA LUISA CECILIA CASAS RUDBECK, a través de PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: Absolver de todas y cada una de las pretensiones a la PROTECCIÓN S.A., declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación.

³ Exp. Digital: «índice05Contestación Colpensiones pdf 1 a 21»

⁴ Exp. Digital «al índice 06 Contestación Protección pdf»

⁵ Exp. Digital «al índice07Contestación Porvenir pdf»

CUARTO: COSTAS a cargo únicamente PORVENIR S.A. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes

QUINTO: En caso de no ser apelada, Consúltese con el Superior. [...] ⁶.”

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones sustentó recurso de apelación, argumentado para ello, que la demandante inició un proceso de traslado de régimen pensional en 1996, realizó traslados horizontales en el RAIS a lo largo de 24 años, que presentó solicitud de nulidad de traslado hacia el 02/11/2021, cuando contaba con 55 años, y encontrarse dentro de la prohibición legal para realizar el traslado. Indicó que conforme a la jurisprudencia, los distintos traslados horizontales que realizó la actora, demuestran el querer de permanecer en el RAIS y no trasladarse al RPM. Resaltó que la única razón por la que la actora solicita el traslado es por un beneficio económico, esto es, mejorar su mesada pensional. (Al índice 13 Min 42:25).

Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, en el que solicita revocar en todas las partes la sentencia de primera instancia y se absuelva de todas y cada una de las pretensiones. Indicó que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado con base a la falta de información, cuando no le era obligatorio brindar la misma a la demandante, teniendo en cuenta que la circular No 19 de 1998 emitida por Superfinanciera la cual tenía como única exigencia que el afiliado expresará su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular tal y como ocurrió en el presente caso, de manera que se cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo, y la permanencia de la actora en el RAIS, ha sido una decisión libre y voluntaria e informada. Resaltó que la Ley 1748 de 2014 hace alusión a la obligación de hacer una proyección de la pensión y de enviar extractos, sin embargo, la vigencia de esta norma es a partir del 26/12/2014, por tanto, al momento del traslado no era obligatorio la entrega del documento, solo la asesoría verbal, por lo que no es dable dar por sentado la falta de información al momento del traslado. Finalmente solicita se revoque la condena de las costas. (Al índice 13 Min 45:29).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

⁶ Exp. Digital: «13AudienciaSentencia»

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora Gabriela Luisa Cecilia Casas Rudbeck del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 02/09/1966 (al índice 02 pdf 110); ii se afilió al ISS hoy Colpensiones el 19/03/1985 (al índice 07 pdf, 96); iii) el 25/01/1966, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la afiliación efectuada a Porvenir S.A. (pdf 93 al índice 07); iv) posteriormente hizo un traslado horizontal el 21/08/1998 de Porvenir S.A. a Colmena AIG (al índice 06, pág. 32) v) 01/04/2000 de Colmena a ING Pensiones y Cesantías (pág. 33 ibídem); y el v) 01/09/2009 de ING a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. (pág. 94 al índice 07)

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima

media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites 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, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele 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.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no suple el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que esta ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica

necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca “los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que se estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque “los mismos serán utilizados para

la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima” (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

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

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal Segundo de la sentencia recurrida y consultada, para ordenar a Porvenir S.A., además de la condena referida por la a quo, para que retorne a Colpensiones, el porcentaje de los gastos de administración, comisiones, bono pensional si existiese, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y disponer que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique, en los términos expuestos por la Máxima Colegiatura en esta especialidad.

En igual sentido, se revocará el numeral tercero de la sentencia de primer grado, para, en su lugar, condenar a Protección S.A. que retorne a Colpensiones, el porcentaje de los gastos de administración, comisiones, bono pensional si existiese, el aporte

destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponibles. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual las recurrentes no obtuvieron sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, teniendo por ineficaz el traslado efectuado, esto que implica que sea Colpensiones que pase a tener a la demandante como una afiliada válida al régimen pensional que esta administra.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación y consulta, conforme a las motivaciones que preceden, se adicionará y revocará el ordinal segundo y tercero, respectivamente, de la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia.

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

RIMERO. ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito el cinco (05) de octubre de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante la señora GABRIELA LUISA CECILIA CASAS RUDBECK y demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A; para ordenar a PORVENIR S.A. que, además de lo indicado en la sentencia mencionada, retorne a Colpensiones el porcentaje de los gastos de administración, comisiones, bono

pensional si existiese, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y disponer que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique

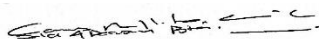
SEGUNDO: REVOCAR la absolución a PROTECCIÓN S.A. indicada en el numeral Tercero de la sentencia indicada, para en su lugar CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones y en referencia a la demandante, el porcentaje de los gastos de administración, comisiones, bono pensional si existiese, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



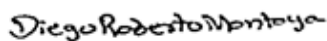
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5c28f65bb086767f00d15aa17d280e3382e6c770f29b8c3a1fbe9fa577c8c740**

Documento generado en 29/09/2023 04:26:59 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-29- de septiembre - de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-016-2021-00044-01

Demandante: GLORIA ALEXANDRA PARADA BALLEEN
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A

*Conforme a la documental allegada, obra como apoderada de Porvenir S.A., la
Doctora Valentina Gómez Trujillo con T.P. 366.614 del C. S. de la J.*

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así
como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa
la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el
apoderado judicial de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado
Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá del 20 de octubre de 2022. De igual
manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a
Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Gloria Alexandra Parada Ballen llamó a juicio a la Administradora
Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir

¹ Pase al despacho 03/02/2023

S.A., Protección S.A., y Colfondos S.A., a efectos de declarar la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado actualmente por Porvenir S.A., siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Protección, Colfondos y Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los aportes realizados en el RAIS, junto con sus rendimientos, se ordene a COLPENSIONES activar la afiliación, aceptar y recibir el traslado de los aportes, las costas del proceso y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que nació el 23 de marzo de 1970 (23/03/1970), que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 01/07/1997. Señaló que el 01/11/2001, se trasladó del ISS al RAIS administrado por Porvenir, que realizó traslados horizontales, de Porvenir a ING hoy Protección S.A. el 01/12/2005, posteriormente se trasladó de Protección S.A., a Colfondos S.A., y el 01/09/2010, indicó que el traslado de régimen pensional como los traslados horizontales a los fondos privados, no estuvieron precedidos de la suficiente información e ilustración, no se suministró una información, clara, cierta y comprensible, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco se le informó respecto de los riesgos, y consecuencias del traslado efectuado, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir al edad mínima de pensión, ni sobre el derecho de retracto; que elevó solicitud de nulidad de traslado el 01 de octubre de 2020 ante las accionadas².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expuso para ello que, la afiliación efectuada por la demandante reviste de completa validez en la medida que, la entidad brindó información clara y veraz para que la actora suscribiera de manera libre y voluntaria el traslado. Propuso como excepciones de fondo la de: *prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación*.³

Por su parte Colfondos S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones contra tal sociedad, argumentó que, la afiliación efectuada por la demandante es válida ya que se brindó información clara y veraz al momento del traslado, por ende suscribió de manera libre y voluntaria la solicitud de traslado pensional. Propuso como excepciones de fondo: *compensación, pago, buena fe e innominada*⁴.

² Exp. Digital «índice 01 pdf 1 a 17»

³ Exp. Digital «al índice 03 Contestación Porvenir pdf 1 a 26»

⁴ Exp. Digital «al índice 04 Contestación Colfondos pdf 5 a 16»

Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expuso para ello que, a la afiliación fue producto de una decisión libre sin presiones o engaños, es válida, exento de vicios de conocimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, se realizó de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Propuso como excepciones de fondo entre otras, la de: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*⁵.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones, argumentado que la afiliación se hizo en forma libre y voluntaria, y de acuerdo con la normatividad vigente, sin que para dicha data se pudiera brindar la información certera y precisa. Formuló excepciones de fondo, entre otras: *improcedencia de declaratoria de ineficacia de traslado o nulidad cuando se tiene el status de pensionado en el RAIS, inexistencia de la obligación, presunción de los actos administrativos, prescripción, innominada o genérica*.⁶

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veinte (20) de octubre de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que efectuó la demandante, señora Gloria Alexandra Parada Ballen, identificada con la cédula de ciudadanía (...) y que tuvo lugar el 29 de octubre de 2001 y con vigencia desde el 1 de noviembre del mismo año, infancia que se hace extensiva a las afiliaciones que tuvo con Protección S.A., y Colfondos S.A., en forma subsiguiente.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a Colpensiones incluyendo los valores por capital, réditos, suma adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración y en general toda suma que se haya recaudado con motivo del valor total de las cotizaciones realizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad, condena que se hace extensible a las demandadas Porvenir S.A Y Protección S.A., exclusivamente durante el lapso de tiempo que la demandante estuvo afiliada a las mismas y en relación con los recursos que totalizan la cotización efectuada en favor de la demandante y que no haya sido trasladados al siguiente fondo de pensiones.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a recibir la totalidad de los recursos que le serán trasladados por las demandadas y a reactivar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con prestación definida, el cual se declara como el único al cual, en forma valida se ha encontrado afiliada la demandante.

⁵ Exp. Digital «al índice 05 Contestación Protección pdf 3 a 20»

⁶ Exp. Digital: «índice09Contestación Colpensiones pdf 1 a 33»

QUINTO: CONDENAR en costas de la instancia al extremo demandado, practíquese la liquidación por secretaria incluyendo los montos de doscientos cincuenta mil pesos moneda corriente \$250.000 M/cte a cargo de Colpensiones y de trescientos mil pesos moneda corriente \$300.0000 M/cte a cargo de cada una de las demás demandadas, y en favor de la parte demandante como valor de las agencias en derecho, practíquese la liquidación por secretaría.⁷”

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones sustentó recurso de apelación, argumentado respecto a la condena en costas procesales, que no debe condenarse al pago de tales, toda vez que: el negocio jurídico realizado por la demandante y sus AFP privadas, en ningún momento estuvo ni fue dirigido por parte de Colpensiones, asimismo, la demandante en ningún momento solicitó consejo, o asesoría, por parte de Colpensiones o el ISS, y por lo tanto tiene plena validez esa afiliación. (Al índice 28 Min 1:45:10).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora Gloria Alexandra Parada Ballen del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Colfondos S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 23/03/1970 (al índice 01 pdf, 132); ii) se afilió a Colpensiones el 02/07/1997 (pdf, 134 a 135 ibidem); iii) el 29/10/2001 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la afiliación efectuada a Porvenir S.A (pdf 48 índice 03), posteriormente iv) traslado horizontal de Porvenir a Protección el 28/10/2005 (pág. 29 al índice 05), v) de Porvenir a Colfondos el 21/07/2010 (pág. 102 al índice 04).

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-

⁷ Exp. Digital: «28AudienciaSentencia»

789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites 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, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele 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.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal

traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que esta ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión

de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca “los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados

y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que se estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima” (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

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

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a la Colfondos S.A que retorne con destino a Colpensiones, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora, además esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique. Igualmente se adicionará el referido ordinal en el sentido de ordenar a la Protección S.A., y Porvenir S.A que retorne con destino a Colpensiones, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión

mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Igualmente, bajo el sentido de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual las demandadas no obtuvieron sentido favorable frente al marco de excepciones presentadas, esto implica que deberán asumir las costas y agencias en derecho, siendo diferente la oportunidad procesal para diferir sobre su cuantía.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia.

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito el día veinte (20) de octubre de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante la señora GLORIA ALEXANDRA PARADA BALLEEN y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A., PORVENIR S.A.; para ORDENAR para ordenar a COLFONDOS S.A. que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primer grado, los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa

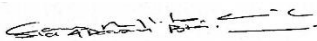
administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique. Se ADICIONA el referido ordinal segundo se ORDENA a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primer grado, las comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a estas administradoras.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



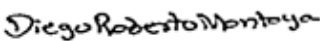
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **336d2fe4a2e58d9db92095576f0a0f12280108872fa268b536ebfc7f30b79c22**

Documento generado en 29/09/2023 04:27:00 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-29- de septiembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-005-2021-00023-01

Demandante: CELMIRA BARRERA ÁVILA

Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y
ADMISNISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.

AUTO

Conforme documental allegada, obra como apoderado de Porvenir S.A. el doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ. Reasumida la actuación por el doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán T. P. 86117 como apoderado de Colpensiones, se acepta la renuncia al poder otorgado por esta entidad al citado profesional.

Magistrado

Carlos Alberto Cortés Corredor

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá del 08 de febrero de 2022 (08/02/2022). De igual manera el presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

¹ 15/11/22 pasa a despacho.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Celmira Barrera Ávila llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a efectos de declarar la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida –RPMPD- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por Protección S.A y sus posteriores traslados, siendo válida aquella afiliación efectuada al ISS. En consecuencia, solicita se condene a Porvenir S.A. a trasladar los aportes a Colpensiones, así como, a Colpensiones a recibir estos, el pago de las costas procesales, agencias en derecho, y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Fundamentó sus peticiones, al indicar que inició sus cotizaciones a seguridad social desde el 30/10/1992 en el ISS hoy Colpensiones; que para el año 1994, se trasladó a Porvenir S.A momento en que no le explicaron los riesgos de trasladarse al RAIS, asimismo que, de forma engañosa le informaron que era más beneficioso estar en el RAIS porque su pensión sería más elevada; agregó que, para el año 1996 se afilió a ING hoy Protección S.A., y que, para el momento de dicho traslado no le explicaron el funcionamiento del RAIS sus beneficios o riesgos; que, para el año 2003 regresó a Porvenir S.A sin recibir asesoría sobre los beneficios o riesgos del traslado. Informó que el 13 de septiembre de 2018, Porvenir S.A. le manifestó que su pensión sería de un salario mínimo toda vez que sus ahorros no le permiten tener una pensión más elevada, que, por medio de petición solicitó ante Colpensiones y Porvenir el traslado al RPM, solicitud que no fue acogida por las administradoras de pensiones (índice 02Demanda.pdf).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Porvenir S.A., solicitó negar los requerimientos del demandante e indicó que la afiliación se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, agregó que, en todo caso la demandante se encuentra incurso en la prohibición contenida en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito las de: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica*².

Colpensiones se opuso a las pretensiones, toda vez que en virtud del principio de sostenibilidad financiera del sistema acarrearía una descapitalización del fondo común, máxime cuando la demandante se trasladó entre fondos privados de manera

² Exp. Digital « 04ContestacionPorvenir.pdf»

libre y voluntaria. Propuso como excepción previa «*excepción de pleito pendiente*», toda vez que la demandante ya había radicado una demanda ordinaria ante el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado 11001310500720190028400 en el cual se está pendiente por resolver el desistimiento presentado por la parte actora; presentó como excepciones de mérito, entre otras, las de: *el error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica*³.

Por su parte Protección S.A, se opuso a las pretensiones. Expone que la demandante se afilió de manera libre, voluntaria e informada a la AFP Colmena, hoy Protección, siendo un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso como excepciones de mérito, entre otras, las de: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe y prescripción*⁴.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del ocho (08) de febrero de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora CELMIRA BARRERA ÁVILA, a través de COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: SIN COSTAS para las partes.

CUARTO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de COLPENSIONES⁵.”

III. RECURSO DE APELACIÓN

Por Porvenir S.A. se presentó y sustentó recurso de apelación manifestando que no le asiste razón al declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, toda vez que esta nulidad fue saneada de manera expresa al momento que la demandante realiza el traslado horizontal hacia Porvenir S.A., informó que, no es posible revivir las pretensiones de un proceso del cual ya se declaró la cosa juzgada y se ordenó su

³ Exp. Digital: «05ContestacionColpensiones.pdf»

⁴ Exp. Digital: «06ContestacionProteccion.pdf»

⁵ Exp. Digital: «15AudienciasArt77Y80.pdf»

archivo en el Juzgado Séptimo bajo el radicado 2019 00284 01, agregó que, aunque el despacho no declaró la cosa juzgada teniendo en cuenta el artículo 303 inciso 1, por no existir identidad partes en el auto que acepta el desistimiento, lo cierto es que el inciso 2 del mismo artículo reza *“en los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.”*, lo que se debe tener en cuenta que en el proceso que se llevó en el Juzgado Séptimo se alcanzó a ordenar el emplazamiento de Protección para que hiciese parte del proceso, pues aunque no se hubiere alcanzado a notificar, no lo exime de las consecuencias de la disposición anteriormente citada toda vez que, en este caso, si bien no es una persona indeterminada y se conoce que era Protección S.A. la persona jurídica llamada dentro del proceso para que se surtiera la ineficacia o nulidad.

Del mismo modo, agregó que, que al momento en que la demandante decide desistir de las pretensiones del proceso y el Juzgado Séptimo Laboral acepta el desistimiento frente a todas las codemandadas, a pesar de solo mencionar en el resuelve a Colpensiones y Porvenir, se encuentra configurada la cosa juzgada, pues en el cuerpo del auto del 20 de enero de 2022 menciona a Protección S.A. como demandada. En conclusión, que no hay cabida a que se declare la nulidad o ineficacia y que se revivan las pretensiones de este proceso toda vez que también se estaría incurriendo en una causal de nulidad del proceso conforme al numeral 2 del artículo 133, el cual revive un proceso legalmente concluido como en efecto se procede o es que se da en este caso (min. 1:02:25).

Colpensiones presentó y sustentó recurso de apelación reiterando que no tuvo injerencia alguna sobre la decisión tomada por la demandante al momento de realizar el traslado. Asimismo, que se tenga en cuenta el desistimiento presentado por la demandante ante el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito, toda vez que ese proceso iba encaminado a la misma pretensión, la cual era buscar la ineficacia o traslado de régimen, esto a pesar que se haya surtido o no la notificación a la parte, pues la vinculación final iba a ser la misma, por lo que se está en presencia de la cosa juzgada, artículo 303 del CGP, al existir identidad en el objeto, causa y partes, pues fue clara la demandante en su interrogatorio en señalar que lo que buscaba era la devolución de los saldos que había ahorrado en el RAIS, que no era su interés el tener una pensión, por ende fue a un desgaste judicial teniendo en cuenta la inseguridad de la demandante, primero tomar una decisión, luego desistir de ella y posteriormente volver a tomar la decisión anterior. Por otro lado, señaló que se debe tener en cuenta que si se busca el traslado del régimen por la falta de información de la AFP privadas, deben ser ellas quienes asuman el pago de la pensión de la demandante con las características del RPMD, que se debe tener en cuenta el principio de relatividad

jurídica toda vez que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico que se celebró entre la demandante y las administradoras privadas (min. 1:08:05).

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de Consulta (frente al interés jurídico de Colpensiones), determinar si operó la cosa juzgada; de no resultar prospera la misma, si procede la ineficacia del traslado realizado por la señora Celmira Barrera Ávila del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Porvenir S.A.

V. CONSIDERACIONES

El artículo 303 del CGP, indica que para que frente a la cosa juzgada, se requiere que exista identidad de partes, objeto y causa, la norma citada determina: *“la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”*.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, explica que la cosa juzgada se presenta cuando un nuevo proceso versa sobre el mismo objeto, se funda en la misma causa de aquél donde se profirió la sentencia inicial, y entre ambos hay identidad jurídica de partes. Lo dicho, conforme a las sentencias del 23 de octubre de 2012 Rad. 39366, reiterada en SL8658-2015 y en la SL1881-2021.

Bajo los anteriores términos, la institución de la cosa juzgada, en virtud del principio de la seguridad jurídica, impide que un asunto que ya fue definido pueda volver a ser sometido a su estudio, pues toda sentencia judicial ejecutoriada, acta de conciliación o acuerdo transaccional, según sea el caso, goza de la presunción de legalidad y de justicia que impide un nuevo análisis de los supuestos fácticos y jurídicos allí debatidos.

Al respecto, la aquí demandante inició proceso ordinario laboral, que fuere conocido por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá contra de Colpensiones y Porvenir S.A.- Rad. 110013105007201900284-00, con el objeto de que se declarara la ineficacia del traslado de la actora al RAIS., se ordenará a PORVENIR S.A., trasladar a la actora al régimen de prima media, se condenara a Colpensiones aceptar y convalidar la afiliación, y a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones todos los

aportes, rendimientos financieros y cobro de administración⁶. Por auto de 13 de octubre de 2020, el juez ordena vincular a la AFP Protección S.A., vía correo electrónico el 28 de octubre de 2020, la accionante solicitó el desistimiento de las pretensiones de la demanda; es de resaltar que dentro del trámite del proceso No. 110013105007201900284-00; no se materializó la vinculación de Protección S.A., pues no se alcanzó a notificar, lo que permite concluir que, no se trabó la litis con esta demandada; mediante auto de 20 de enero de 2022, el a quo aceptó el desistimiento presentado por la actora dentro del proceso instaurado en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., por reunir los requisitos establecidos en el artículo 312 del CGP; dio por terminado el proceso y ordenó el archivo de las diligencias⁷.

Ahora, valga advertir que, si bien el Juez Séptimo Laboral del Circuito admitió el desistimiento frente a Colpensiones y Porvenir S.A., tal desistimiento no tiene efectos frente a todo el litigio, toda vez que la ineficacia del traslado debe versar respecto a la primera vinculación y/o traslado de régimen pensional, esto es, la primera afiliación al RAIS, que realizó la actora a la AFP Colmena hoy Protección S.A, frente a la cual, como quedó visto, no hubo pronunciamiento alguno por parte de esa sede judicial; eventual declaratoria de ineficacia que trae consigo consecuencias frente a los posteriores traslados horizontales, esto es, Porvenir S.A., así como también tiene efectos respecto a Colpensiones. En Consecuencia, al no existir identidad de partes, no se genera el efecto perseguido por los recurrentes, en tanto no se edifica la institución de cosa juzgada para el presente asunto.

Dicho lo anterior, se analiza si procede la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado por la señora Celmira Barrera Ávila del RPMPD al RAIS administrado actualmente por la AFP Porvenir S.A.

Es de precisar que no se discuten en los recursos de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la accionante nació el 12/06/1959 (al índice 02 pdf 16); ii); se afilió a Colpensiones el 30/10/1992 (Pág. 91 ibídem); iii) el 01/04/1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la afiliación efectuada a Colmena hoy Protección S.A (Pág., 39 al índice 06), posteriormente solicitó el traslado horizontal de Santander hoy Protección S.A., a Porvenir el 27/02/2004 (Pág., 79 al índice 04).

Es importante indicar que, al tratar el presente asunto sobre la ineficacia del traslado, propiamente no se trata del traslado entre regímenes dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 o la excepción prevista en sentencia de la Corte Constitucional C-

⁶ Al índice 10.1ExpedienteJuzgadoSéptimo.

⁷ Al índice 10.1ExpedienteJuzgadoSéptimo. subíndice 06

789-2002, pues ello supone la efectividad del traslado realizado y no la pretensión de restarle todo efecto a este.

Ahora bien, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP para los efectos del traslado.

El correspondiente análisis, como teoría del caso y en relación con el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se resuelve a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites 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, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele 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.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993,

10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brindar información, y de probar su pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que esta ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual,

corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, estudios, empleos o traslado horizontal, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, que en virtud del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, actualización de valor que abarca “los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos” (SL1499-2022), durante el tiempo en que se

estuvo afiliado a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 “los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima” (SL2877- 2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

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

Razones que permiten concluir que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia recurrida y consultada para ordenar a Porvenir S.A., que retorne a Colpensiones, los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

De igual manera, por efecto de no exclusión de conceptos a ser retornados, se adicionará el ordinal quinto de la sentencia de primer grado para ordenar a Protección que retorne a Colpensiones los rendimientos que a nombre de la actora existan junto con el bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esta administradora.

En cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre régimen pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resultan oponible la limitación del traslado por edad del afiliado. No solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo expuesto se adicionará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia.

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito el día ocho (08) de febrero de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante la señora Celmira Barrera Ávila y demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., para ordenar a Protección S.A. que retorne a Colpensiones, además de lo indicado en la sentencia de primer grado, los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus

respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

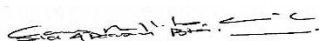
SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal quinto a la sentencia recurrida y consultada, en el sentido de CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a Colpensiones y en referencia a la demandante, el porcentaje de los gastos de administración, comisiones, bono pensional si existiese, el aporte destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



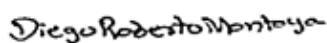
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **30692f83c9bfa53656f9b6e8092a219977581a750262ee2c7bb029197f18c6f0**

Documento generado en 29/09/2023 04:27:02 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-29- de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105-003-2020-00269-01

Demandante: MARTHA ISABEL UMBARILA RODRIGUEZ
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE
FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación¹ interpuestos por los apoderados de la parte accionada Colpensiones y Skandía S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero del Circuito de Bogotá Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de noviembre de 2022.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Martha Isabel Umbarila Rodríguez, por intermedio de apoderado judicial, llamó a juicio a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Skandía S.A., Pensiones y Cesantías para que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, administrado actualmente por Skandía S.A., en consecuencia, se ordene a la administradora de fondos de pensiones del régimen privado trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, y a Colpensiones reactivar la afiliación de la actora, recibiendo la

¹ Pase despacho 23/01/2023

totalidad de los anteriores conceptos, lo que resulte probado ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones al indicar que nació el 20 de mayo de 1963, se afilió al ISS en febrero de 1987; que cotizó en el RPM 395 semanas, que el 18 de julio de 1995, una asesora comercial de la AFP Pensionar Hoy Skandía S.A., le ofreció trasladarse de régimen pensional, indicado que podría pensionar a cualquier edad en el fondo privado, que el ISS estaba próximo a desaparecer razón por la que se ponía en riesgo su pensión, que no se le suministro información clara, cierta, suficiente y oportuna de la forma en como se causa la pensión de vejez en cada uno de los regímenes especiales, no se realizó una proyección pensional en la que se estableciera la tasa de reemplazo sobre el salario base de liquidación; que según la historia laboral expedida por Skandia el 31 de enero de 2021 acredita 1651 semanas cotizadas; que el 03 de agosto de 2020 se solicitó a Colpensiones el traslado de régimen pensional, siendo negada la misma, que el 20 de julio de 2020 peticiono a Skandía, formulario de vinculación, soportes de la información suministrada; proyección de la mesada pensional².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Skandia Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías, se opuso a las pretensiones de la demanda dirigidas contra ella, indicó que la afiliación de la accionante goza de plena validez, se realizó acorde a los parámetros legales exigidos para la época de la afiliación. Solicitó llamar en garantía a Mapfre Colombia Vida De Seguros S.A., Como excepciones de fondo formuló las de: *prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y genérica*³.

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda. Indicó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado consagrada en la Ley 797 de 2003 haciéndose imposible tenerla como afiliada, pues tal situación está en contravía de las disposiciones legales y constitucionales. Formuló como excepciones de mérito, entre otras, las de: *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), prescripción e innominada o genérica* ⁴.

² Exp. Digital: «01DemandaPag.1 a 22

³ Exp. Digital: «08ContestaciónSkandia Pdf.2 a 26.

⁴ Exp. Digital:« 09ConestacionColpensioes págs. 2 a 29

Frente al llamamiento en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., presentó oposición tanto a las pretensiones de la demanda, aunado la falta de relación de lo pretendido en la demanda con las coberturas por riesgo brindadas y en este sentido presentó excepciones que atacan de fondo la eventual garantía que presupone el convocante como la excepción de prescripción (índice 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del seis (24) de noviembre de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la accionante MARTHA ISABEL UMBARILA RODRIGUEZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado el 18 de julio de 1995, para entender vinculada válidamente a la demandante, en el Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, todo conforme a lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP SKANDIA S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver los gastos de administración, los valores de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a que acepte y reciba los dineros provenientes de SKANDIA S. A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice su historia laboral en semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción que propone COLPENSIONES y que denomino inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, adicionalmente se declara no probada la excepción de prescripción propuesta por ambas demandadas, todo conforme a la parte considerativa.

QUINTO: ABSOLVER a la llamada en Garantía Mapfre Colombia vida seguros de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y de las pretensiones del Llamamiento en Garantía.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS, junto con las agencias en derecho a Skandia SA y Colpensiones las cuales se tasan en esta diligencia en la suma de un millón quinientos mil (\$1.500.000) pesos MCTE, cada una de ellas.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a SKANDIA S. A., en favor de la llamada en garantía por la suma de un millón (\$1.000.000) de pesos MCTE.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de la demandada COLPENSIONES, consúltese con el superior en los términos del artículo 69 del C.P.T. y SS.”

III. RECURSO DE APELACIÓN

La parte accionada Skandia S.A. interpuso recurso de apelación, argumentando en síntesis que, respecto a la condena impuesta, actuó de buena fe dentro de relación contractual con la demandante, que administró de forma correcta la cuenta de ahorro individual, de acuerdo con la normatividad aplicable al caso en concreto. Manifestó que la devolución de las primas de invalidez y sobrevivencia no es procedente asumirlas, en tanto la causa del aseguramiento, es decir la invalidez y la sobrevivencia es permanente, y la demandante goza de la cobertura durante toda la afiliación al fondo de pensiones obligatoria, de ahí que parte del mencionado porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, por tanto dichos conceptos no se encuentra en las arcas de la AFP. Que ordenar al reintegro de la comisión de administración es una clara violación a principio de buena fe, confianza legítima, al debido proceso. Señaló que, dentro de las obligaciones que deben cumplir todas y cada una de las AFP se encuentra la de garantizar una rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro de sus afiliados, resulta incompatible ordenar indexación pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora no se han visto afectados por la inflación, al contrario, han generado y siguen generando rendimientos (Min 1:34:14).

Colpensiones, a través de su apoderado judicial, interpuso recurso de apelación, señaló que, la negativa de recibir nuevamente como afiliada a la accionante, tiene sustento en la Ley 797 de 2003; indicó que, conforme al relato brindado por la demandante, en ningún momento se vio obligada a abandonar el ISS y elegir un fondo privado, tampoco la misma se acercó al ISS a solicitar información, pasados 25 años presentó un ánimo de retorno al RPM sin embargo en ningún momento indagó en tiempos anteriores el retorno, por lo tanto su actuar estaba encaminado a la permanencia en el RAIS. (min 1:39:23)

IV. SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud del recurso de

apelación, determinar si procede la ineficacia del traslado realizado por Alma Ibeth Acuña Lujan del RPMPD al RAIS administrado actualmente por Skandia S.A.

V. CONSIDERACIONES

Es de precisar que no se discute en el recurso de alzada los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante nació el 20 de mayo de 1963 (índice 01 pág. 28), ii) se afilió al ISS el 17 de febrero de 1987 (pág. 45 al índice 9) y iii) que el 18 de julio de 1995 se trasladó al RAIS a través de la AFP Pensionar hoy Skandia S.A., Pensiones y Cesantías (pág. 67 índice 08)

En ese sentido, se itera, pretende la parte actora la declaratoria de la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, ello, al señalar que se encuentra viciado el acto de afiliación, por infracción a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y de buen consejo, que indujo al accionante a efectuar el traslado, sin haber documentado aquello AFP los efectos del traslado.

Al respecto, se precisa, que se realiza el correspondiente análisis a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en el que redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, en la que determinó que este tipo de trámites 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, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y en consecuencia, no puede exigírsele 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.

En referencia al deber de información, la sentencia ya referida que ha sido reiterada en sentencias CSJ SL2021-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1942-2021, considera que la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y de ahorro individual, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados, reside en suministrarle a los ciudadanos la información al detalle de las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él, así como el deber de asesoría y buen consejo, esto es, el análisis previo, calificado y sin silencio alguno de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o

promotor le informe lo pertinente para que así el ciudadano pueda tomar decisiones responsables en torno a la selección más apropiada, especialmente frente al riesgo de vejez.

Tesis de la Máxima Corporación en esta especialidad que ha explicado que, debiendo existir asesoría, además si el asesor o promotor del traslado no cumple con lo expuesto o deja de ilustrar suficientemente las implicaciones que este conlleva, tal traslado es ineficaz, conforme lo dispuesto en los artículos 271 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 720 de 1994 y 25 de la Ley 795 de 2003, los que precisan el deber de información leal, completa y veraz a cargo de las administradoras de pensiones, so pena de ser susceptibles de multas y sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

En casación laboral también se ha explicado que con el paso del tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente en tres épocas con un mayor nivel de exigencia, desde 1993 hasta 2009, de 2009 hasta 2014 y la última a partir de 2014, según lo expuesto en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en la SL1949-2021 en todo caso para advertirse que el deber de información ha sido permanente frente al afiliado.

De manera que, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia citada, para la fecha del traslado, la AFP tenía la obligación de brindar información clara, veraz, entendible y oportuna de las características, condiciones y riesgos del traslado de régimen, situación que debiendo ser acreditada por la AFP del RAIS, no soportó. Entonces, la falta de información, conforme lo prevé el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 (mod. Art. 23 Ley 795 de 2003), en armonía con lo dispuesto en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, genera la ineficacia de la afiliación en sentido estricto, bajo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL4360-2019, de tal forma que la relación jurídica retorne al estado en que se encontraba o debía encontrarse, como si el acto de traslado nunca hubiese existido.

Aunque pueda considerarse una inversión de la carga de la prueba, lo planteado concierne al subsistema de derecho del trabajo y la seguridad social, bajo la intervención de un administrador experto, que debe antes que propender por la afiliación al régimen pensional que representa, obrar con suma lealtad hacia el afiliado o persona que contacta, situación de rectitud y experticia del fondo administrador que activa a su cargo el artículo 1604 del Código Civil, a razón que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido empleador”*, dado que entre otros la documentación soporte del traslado es un archivo a cargo del fondo, y se itera que tal entidad es la obligada a observar la obligación de brinda información, y de probar su

pleno cumplimiento, de acuerdo a lo expuesto en casación laboral SL 1688-2019; aspecto en que no obra demostración de la existencia de aquel acto de asesoría, suficiente o sin reticencia alguna, para haber seleccionado el traslado al RAIS.

En consecuencia, el formulario diligenciado no supe el deber de diligencia y cuidado en un sistema de seguridad social, a fin de garantizar, no solo la cobertura en el riesgo que esta ampara, sino un componente correlativo al mínimo vital en torno a la pensión de vejez que se espera cubrir con las cotizaciones a su cargo. Con lo cual, corresponde la conclusión sobre la declaratoria de ineficacia de traslado de la parte actora al RAIS.

Lo anterior ya que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL4025-2021), sin que resulte necesario, la titularidad del régimen de transición o una expectativa pensional en el RPMPD. De igual modo, el hecho de que la parte actora hubiese permanecido por largo tiempo en el RAIS, como se indica por 20 años, estudios o empleos, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en tal Régimen (CSJ SL5188-2021).

Se itera, que por la ineficacia del traslado al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior sin perjuicio alguno para el afiliado y el RPMPD, esto implica la devolución de los aportes junto con sus rendimientos financiero y gastos de administración a Colpensiones, según sentencia en Casación Laboral SL1501-2022 (reitera aquella bajo el radicado 31989 de 2008) en virtud del artículo 1746 del C.C., que además de la restitución de las cosas al mismo estado, si no hubiese existido el acto nulo, conlleva de las mejoras, intereses y frutos, sentencia que expone:

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

Decisión de primera instancia que no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

De otro lado, en virtud de lo precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1499-2022 y de instancia SL1501-2022, aunado del grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones, la condena debe cubrir la devolución a Colpensiones de los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, *debidamente indexados* (en referencia a las AFP y no a las aseguradoras como la convocada), actualización de valor que abarca *“los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos”* (SL1499-2022), durante el tiempo en que se hizo la afiliación a estas administradoras. También como se indica en tal sentencia SL1501-2022 *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”*. Bajo un criterio de devolución plena de todos los recursos acumulados en el RAIS, *porque “los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima”* (SL2877-2020).

Sobre la devolución por aportes por pensión mínima, en sentencia en SL1499-2022, al citar sentencia SL2877-2020 se precisó en relación el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, lo siguiente:

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

Razones que permiten observar que los argumentos de inconformidad no se ajustan al criterio jurisprudencial antes expuesto, en el aspecto nodal, lo anterior lleva a confirmar la ineficacia del traslado, también en el grado jurisdiccional de consulta.

Conceptos antes enunciados que se encuentran dentro del acápite resolutivo de la sentencia apelada, requiriendo además ser expresa la sentencia consultada en el numeral segundo, en cuanto a que además de lo allí expuesto se deberán devolver a

Colpensiones, las comisiones, bono pensional si existiese, los aporte destinados al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la administradora, así como DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique, por lo que en este aspecto la sentencia en primera instancia debe adicionarse y confirmarse en lo demás.

Aunado que, en cuanto a la excepción de prescripción, los efectos de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales son imprescriptibles y por tal efecto no resulta oponible, ni tampoco la limitación del traslado por edad del afiliado, ni su situación jurídica de afiliación por el traslado de los montos y conceptos que ahora corresponde efectuar a la AFP privada a Colpensiones. Pues se trata no solo en relación con el riesgo primordial que se ampara en el Sistema de Seguridad Social por aseguramiento contra la vejez, sino porque deviene de una ineficacia que afecta el negocio jurídico en los ámbitos específicos de un sistema que pretende la cobertura pensional.

Agotada la competencia de la Sala, habiéndose surtido la consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme a las razones que preceden, se adicionará la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

VI. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR al ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero (03) Laboral del Circuito el día veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintidós (2022), en donde es demandante la señora MARTHA ISABEL UMBARILA RODRIGUEZ y demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS; para ORDENAR a Skandia S.A. además de lo indicado en la sentencia mencionada, retorne a Colpensiones los aportes que a nombre de la actora existan en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y bono pensional si existiese, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el aporte destinado al

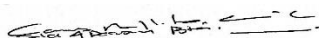
fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esa administradora y DISPONER que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes e información relevante que los justifique.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



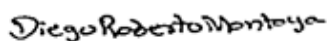
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e4d134a377fc54adb9836e7fc947a7339326e2755f2bcd3146d7d3c9e8948253**

Documento generado en 29/09/2023 04:27:03 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-29- de septiembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105 033 2014 00597 04

Demandante: LIDIA MAYERLY MARTINEZ Y OTROS

Demandado: MAGNETO SEGURIDAD INTEGRAL LTDA,
EDIFICADORA GOMEZ S.A: EGSA - OTROS

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación¹, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá el veintinueve (29) de marzo de dos mil veintidós (2022).

I. ANTECEDENTES

Las señoras Lidia Mayerly Rojas Martínez, Bertha Martínez y los señores Edwin Yohany Rojas Martínez, Luis Carlos Rojas Martínez y Leonardo Alexander Rojas Martínez presentaron demanda laboral en contra de Magneto S.I Ltda., hoy Aseisa Ltda., Edificadora Gómez S.A. – EGSA S.A., Axa Colpatria, Catalina Santos Arias y Juan Sebastián Santos Arias, a efectos de que se declare que entre Jerónimo Rojas Tarazona y Magneto S.I Ltda. se celebró un contrato por obra o labor contratada; por el periodo comprendido entre el 28 de julio de 2011 hasta el 07 de octubre de 2011; igualmente se declare a Magneto S.I Ltda. como responsable del accidente de trabajo que ocasionó la muerte del señor Jerónimo Rojas Tarazona, que Edificadora Gómez – EGSA S.A. es solidariamente responsable de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales a los que tienen derecho los demandantes, por no haber cumplido con las actividades de prevención, vigilancia y control contenidas en la Resolución

¹ Pase al despacho 06/05/2022

373 de 2008, aplicable para las empresas constructoras. En consecuencia, se condene al pago de los perjuicios materiales por lucro cesante consolidado valorados en \$140'000.000, perjuicios por daño en la vida de relación tasados en \$32'000.000, perjuicios morales por 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), en el caso de la señora Bertha Martínez, y para los demás la suma de 100 SMLMV; se condene a la indexación, lo probado ultra y extra petita así como las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus peticiones, en síntesis, al indicar que Magneto Seguridad Integral Ltda. celebró contrato de prestación de servicios con Edificadora Gómez S.A – EGSA S.A. para el servicio de seguridad y vigilancia privada en Bogotá D.C., en el proyecto Quinta 72, ubicado en la calle 72 No. 4-54, desde el 12 de julio de 2010 (12/07/2010); que, en consecuencia, el 28/07/2010 Magneto Seguridad Integral Ltda. y el señor Jerónimo Rojas Tarazona celebraron contrato de trabajo por obra o labor, con salario en \$535.600- más jornada suplementaria, con horario desde las 6:00 a.m. a 6:00 p.m. en el lugar donde se adelantaba el proyecto Quinta 72; que durante la relación laboral, la empresa Magneto Seguridad Integral Ltda., efectuó las cotizaciones al sistema de seguridad social, indicando en el reporte de accidente como salario la suma de \$786.400, manifestó que para el 05/10/2011 alrededor de las 5:30 p.m., en ejercicio de sus funciones, el señor Jerónimo Rojas Tarazona se encontraba dentro de una caseta, sin ser resistente a la caída de objetos, cuando cayó un planchón de madera que impactó sobre esta, la derrumbó y golpeó directamente en la cabeza al señor Rojas dejándolo inconsciente, quien falleció el 07/10/2011.

Indicó que en la investigación realizada por la demandada Magneto Seguridad Integral Ltda. con fecha del 14/10/2011, se informó que: *“días anteriores a la ocurrencia del accidente se hizo cambio de la ubicación de la caseta por orden del director de la obra trasladándola del cerramiento del costado occidental (Cra. 5) al costado sur (Cll. 72) pegada a la fachada del edificio a pesar de que era una zona de alto tránsito de trabajadores”*, que no se realizó un análisis de riesgo para determinar el cambio y ubicación final del vestier. Añadió que, Edificadora Gómez no tuvo en cuenta los riesgos potenciales que implicaba para el trabajador recibir, por parte de Magneto Seguridad Integral, una caseta de lona y plástico, la cual servía como vestier para el trabajador; que para los días 04 y 05 de octubre de 2011 la empresa de vigilancia no efectuó revisión de seguridad industrial al sitio de trabajo del señor Jerónimo Rojas Tarazona; que la demandada Edificadora Gómez no dispuso elementos de protección como escombreras, cintas de aislamiento, redes, entre otros, para proteger la caída de los objetos; que Magneto Seguridad Integral le entregó al trabajador como dotación una minuta, camisa manga larga, overol, pantalón, chaqueta, botas de caucho, casco

simple sin barbuquejo, botas e impermeable, los cuales usó para el día del accidente pero que como ocurrió a la finalización de su jornada laboral, el trabajador se encontraba cambiándose para salir.

De otro lado, precisó que el señor Jerónimo Rojas Tarazona nació el 08 de octubre de 1957; que según la tabla de mortalidad de la Superintendencia Financiera su expectativa de vida era de 25.68 años; que él y la señora Bertha Martínez vivían en unión libre por más de 35 años, que de la unión nacieron cuatro hijos Lida Mayerly, Edwin Yohany, Luis Carlos y Leonardo Alexander Rojas Martínez, quienes en la actualidad son mayores de edad; que el 22 de noviembre de 2011, tras acreditar la condición de compañera permanente ante el empleador, la señora Bertha Martínez cobró las prestaciones sociales a través del cheque No. 13727 del Banco BBVA, por \$892.140; que a la señora Bertha Martínez le fue reconocida la pensión de sobrevivientes por parte de la ARL Colpatria.

Los demandantes aseguraron que la muerte del señor Jerónimo Rojas Tarazona les ha generado un gran sufrimiento moral; que la señora Bertha Martínez padece de una enfermedad degenerativa y no cuenta con el acompañamiento de su compañero que la pueda asistir en las actividades diarias de su vida, además que se ha visto en una situación económica precaria y ha tenido que incurrir en gastos para trasladarse a vivir en otros lugares; que Leonardo Rojas Martínez es estudiante en Universidad y se ha visto afectado emocional y económicamente por la muerte de su padre.

Por último, expuso que el 26 de julio de 2014 envió comunicación al representante legal de Magneto Seguridad Integral, en el que reclamó que la liquidación laboral no había sido correctamente liquidada, además, solicitó el reconocimiento y pago de las horas extras que estaban pendientes, y la indemnización de los perjuicios materiales y morales como consecuencia del accidente de trabajo que conllevó a la muerte de su pareja; el 21 de agosto de 2014, la demandante recibió respuesta por parte de Magneto Seguridad Integral con fecha del 04 de agosto de 2014 en donde se le indicó que se realizaría una nueva liquidación y que tenía hasta el 15 de agosto del mismo año para que reclamar el dinero, igualmente, indicó que sobre el accidente de trabajo no era el responsable de la ocurrencia, debido a que era la Edificadora Gómez S.A., quien debía implementar las medidas de seguridad y prevención de accidente, en ese sentido, el 30 de agosto de 2014 la señora Bertha Martínez remite nueva contestación en la que indicó su imposibilidad de asistir en la fecha señalada como plazo, sin obtener nueva respuesta. Para finalizar, informó que por medio de la Resolución No.

001533 del 23 de septiembre de 2014 el Ministerio del Trabajo sancionó al representante legal de Magneto Seguridad Integral Ltda.²

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Edificadora Gómez S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. Indicó que, no existe solidaridad entre las empresas demandadas, por tener, cada una, objeto social diferente, lo cual no constituye una delegación en un tercero de una actividad natural de la sociedad. Sobre las causas que dieron origen al accidente de trabajo, afirmó que no existe un actuar imprudente por parte de Magneto Seguridad Integral, que para el momento del accidente el estado de la construcción era «*blanca*» y solo faltaba la colocación de algunas ventanas y rejas, no obstante que debido a las malas condiciones climáticas el inspector dio la orden de suspender la actividad, por ello el personal que realizaba los trabajos se retiró de la cubierta no sin antes verificar que no hubiese algún elemento que pudiera ocasionar alguna caída, que se impartió la directriz verbal al señor Jerónimo Rojas Tarazona de no permitir el acceso a esa planta a ningún trabajador, no obstante, los trabajos continuaron pero al interior de los apartamentos en materia de acabados. Agregó que, la jornada laboral para los trabajadores culminó a las 4:30 p.m. y que no conocen quien o quienes ingresaron a la azotea del edificio para manipular elementos de los andamios, los cuales se encontraban asegurados; que para el momento del accidente, el señor se encontraba cambiándose de ropa debajo de una carpa, lugar en que no se encontraba permitida dicha actividad. Sobre la relación laboral entre el trabajador y Magneto Seguridad Integral, informó que la empresa realizaba visitas de inspección todos los días, y que se le pagaba todas las prestaciones a las que el trabajador tenía derecho, no obstante, no le consta ningún hecho adicional. Formuló como excepciones de mérito, «*prescripción*», «*no existe solidaridad entre los demandados*», «*ausencia de culpa patronal*», «*hecho de un tercero*», «*culpa compartida de la víctima*», e «*inexistencia de la solidaridad laboral*»³.

Por otro lado, dentro de la contestación, el apoderado judicial de Edificadora Gómez S.A. presentó solicitud para que se vincule a Seguros Colpatria S.A., como llamado en garantía, toda vez que suscribió póliza de responsabilidad civil sobre el proyecto en construcción⁴.

² Exp. digital «01. EXPEDIENTE» págs. 100 a 112 / reforma de la demanda págs. 439 a 445 / subsanación de la reforma pág. 454

³ Exp. Digital: «01. EXPEDIENTE» págs. 124 a 134 / subsanación de la contestación, págs. 459 a 462

⁴ Exp. Digital «01. EXPEDIENTE» pág. 343. / auto acepta llamamiento en garantía.

Por su parte, Magneto Seguridad Social Integral Ltda. informó que, para el momento del accidente no se realizaban trabajos de altura dentro del lugar, por lo que no era necesario tener elementos tales como mallas, pérgolas, anclajes de protección, señalamiento, entre otros, de conformidad con la Resolución 3673 de 2008; asimismo que, no había culminado su turno de trabajo y por ello no tenía razón suficiente para quitarse los implementos de seguridad aportados por el empleador, por último, afirmó que de la liquidación nuevamente realizada no se le adeudan a la demandante horas extras, ni las vacaciones. Formuló como excepciones de mérito *«inexistencia del nexo causal entre el evento que generó el accidente y la responsabilidad objetiva o subjetiva de la demanda»*, *«cobro de lo no debido»*, *«inexistencia de las obligaciones demandadas»*, *«compensación»*, *«buena fe»*, y la *«genérica»*⁵.

Juan Sebastián Santos Arias, por medio de apoderado judicial, contestó la demanda informando que no le constan los hechos en tanto actúa como socio de la empresa Magneto Seguridad Social Integral Ltda., desde el 18 de mayo de 2009; que en ese sentido, ha velado para que la empresa cumpla sus obligaciones contractuales y extracontractuales; además, que conoce que el señor Jerónimo Rojas Tarazona trabajó para Magneto Seguridad Social Integral Ltda., el cual estuvo afiliado durante toda la relación laboral al sistema general de seguridad social integral. Formuló como excepciones de fondo las de *«inexistencia del nexo causal entre el evento que generó el accidente y la responsabilidad objetiva o subjetiva de la demandada»*, *«cobro de lo no debido»*, *«inexistencia de las obligaciones demandadas»*, *«compensación»*, *«buena fe»*, y la *«genérica»*⁶.

Catalina Santos Arias allegó escrito de contestación, en donde manifestó que, no fue la empleadora del señor Jerónimo Rojas Tarazona, que ostenta la calidad de socia dentro de la sociedad Magneto Seguridad Social Integral Ltda., en consecuencia, que no tiene ninguna obligación o responsabilidad con el accidente sufrido por el trabajador. Formuló como excepciones de fondo las de *«inexistencia del nexo causal entre el evento que generó el accidente y la responsabilidad objetiva o subjetiva de la demanda»*, *«cobro de lo no debido»*, *«inexistencia de las obligaciones demandadas»*, *«compensación»*, *«buena fe»*, y la *«genérica»*⁷.

Axa Colpatria Seguros S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que no se consiguen constituir los presupuestos necesarios para predicar la existencia de una responsabilidad del empleador en los términos exigidos por la ley

⁵ Exp. Digital «01. EXPEDIENTE» págs. 378 a 385 / subsanación de la contestación, págs. 452 a 463 / contestación de la reforma de la demanda págs. 466 a 468

⁶ Exp. Digital «01. EXPEDIENTE» págs. 493 a 510

⁷ Exp. Digital 01. EXPEDIENTE» págs. 517 a 535

y la jurisprudencia, y menos en cabeza de Edificadora Gómez S.A., quien ni siquiera funge como empleadora del trabajador Jerónimo Rojas Tarazona. Formuló como excepciones de mérito a la demanda: «ausencia de obligación de indemnizar por inexistencia de los elementos de la responsabilidad aquiliana», «ausencia de culpa patronal por existencia de medidas de seguridad», «culpa exclusiva de la víctima», «inexistencia de responsabilidad solidaria a cargo de Edificadora Gómez», «deducción de lo recibido por el sistema general de seguridad social», «carencia de prueba del supuesto perjuicio», «enriquecimiento sin causa», «prescripción», y «genérica y otras»⁸.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veintinueve (29) de marzo de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre JERÓNIMO ROJAS TARZONA y MAGNETO SEGURIDAD INTEGRAL LTDA existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 28 de julio y el 7 de octubre de 2011.

SEGUNDO: DECLARAR que MAGNETO SEGURIDAD INTEGRAL LTDA y EDIFICADORA GÓMEZ S.A., incurrieron en culpa patronal respecto del accidente de trabajo acaecido el 5 de octubre de 2011, que terminó con el fallecimiento del señor JERÓNIMO ROJAS TARZONA.

TERCERO: DECLARAR que ASEISA LTDA, como absorbente por fusión de MAGNETO SEGURIDAD INTEGRAL LTDA debe responder por las condenas impuestas en la presente providencia.

CUARTO: DECLARAR que CATALINA Y JUAN SEBASTIÁN SANTOS ARIAS, como socios accionistas de la extinta MAGNETO SEGURIDAD INTEGRAL LTDA, y EDIFICADORA GÓMEZ S.A. son solidariamente responsables de todas las condenas impuestas, hasta el límite de la responsabilidad de cada socio, conforme al Art. 36 del C.S.T. y por las razones expuestas.

QUINTO: CONDENAR a ASEISA LTDA, EDIFICADORA GÓMEZ S.A., CATALINA SANTOS ARIAS y JUAN SEBASTIÁN SANTOS ARIAS, a pagar a los demandantes la indemnización total de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST por los siguientes conceptos:

1. Daño emergente: se absuelve
2. Lucro cesante consolidado: \$ 176.751.384
3. Lucro cesante futuro: \$199.223.506
4. Daño moral BERTHA MARTÍNEZ: 80 SMLMV
5. Daño moral LIDA MAYERLY ROJAS MARTÍNEZ: 80 SMLMV
6. Daño moral EDWIN YOHANY ROJAS MARTÍNEZ: 80 SMLMV

⁸ Exp. Digital «01. EXPEDIENTE» págs. 555 a 596

7. Daño moral LUIS CARLOS ROJAS MARTÍNEZ: 80 SMLMV
8. Daño moral LEONARDO ALEXANDER ROJAS MARTÍNEZ: 80 SMLMV

SEXTO: CONDENAR a la llamada en garantía AXA COLPATRIA a hacer efectiva la póliza No. 8001275852 suscrita con la demandada EDIFICADORA GÓMEZ S.A., para el pago de los perjuicios materiales (lucro cesante consolidado y futuro), de conformidad con lo mencionado en la parte motiva de la presente providencia.

SÉPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones de PRESCRIPCIÓN y demás propuestas por las demandadas, de conformidad con las razones expuestas.

OCTAVO: CONDENAR a los demandados en costas, fíjense como agencias en derecho a favor de los demandantes y en contra de las demandadas:

1. Aseisa Ltda: 10 SMLMV
2. Catalina Santos Arias: 7 SMLMV
3. Juan Sebastián Santos Arias: 7 SMLMV
4. Axa Colpatria: 7 SMLMV.”

Para arribar a tal conclusión, el *a quo* en síntesis, consideró la existencia de la relación laboral vigente para la fecha del fallecimiento del señor Jerónimo Rojas Tarazona con Magneto Seguridad Integral Ltda. y la relación de orden civil entre esta y la Edificadora Gómez S.A. También que, de conformidad con la documental allegada se pudo corroborar que la empresa Aseisa Ltda., absorbió a la sociedad Magneto Seguridad Integral Ltda.

Frente a la controversia si el accidente de trabajo, que conllevó a la muerte del trabajador, si acaeció por culpa del empleador, afirmó el juzgador que está en discusión el carácter subjetivo de la responsabilidad del empleador, que en concordancia con la documental, los testimonios e interrogatorios, consideró que existe culpa conjunta, tanto del empleador como de la empresa constructora, toda vez que la Edificadora Gómez S.A., era beneficiaria de los servicios prestados por el trabajador, que en el lugar donde ejercía sus funciones se desarrollaban trabajos en alturas, teniendo la responsabilidad de velar por la seguridad de todo el personal que permanece en la obra. Que se realizó un cambio en la ubicación de la caseta por orden del director de la obra al costado occidental por la carrera 5 al costado sur de la calle 72, junto a la fachada del edificio y no se contaba con medidas de protección contra la caída de objetos, sin que hubiese alguna objeción por parte de la empresa constructora; que se realizaban trabajos de alturas sin cumplir con el reglamento técnico del trabajo en alturas; que, a pesar de la lluvia, el trabajo en alturas no se suspendió incumpliendo la Resolución 3673 de 2008; asimismo que, la empresa no tenía protocolos para el montaje de andamios colgantes; y que no evidenció la falta de suspensión y control de riesgos para la ejecución de los trabajos de altura en la obra.

Agrego que, si bien del informe técnico emitido por Colpatria se puso en evidencia que en el momento del accidente el trabajador no usaba los elementos de protección, también se evidenció la existencia de condiciones inseguras, como dispositivos de protección inadecuados, la ausencia de mamparas de seguridad, supervisión y liderazgo deficientes, y sin elementos de protección. Asimismo, que la sociedad Magneto Seguridad Integral Ltda. había sido informada sobre la existencia de puntos vulnerables de la construcción por falta de seguridad, y no adoptó medidas correctivas al respecto, lo que evidencia una actitud pasiva.

En relación con la solidaridad, reiteró que existe una responsabilidad por parte de la empresa constructora por cuanto expuso, por su actividad al riesgo de caída de los objetos, a todos los transeúntes de la obra, siendo uno de ellos el trabajador de un tercero de quien ésta se beneficiaba por sus servicios; que incorporó en sus procedimientos internos al acordar con Magneto Seguridad Integral Ltda. que el señor Jerónimo Rojas Tarazona controlaría la entrada del personal de la obra, y determinó el lugar específico en donde llevaría a cabo esta función. Que la sociedad demandada, Magneto Seguridad Integral Ltda., es responsable directamente por el daño sufrido por el trabajador, la cual conociendo los riesgos y siendo avisada de las manifestaciones anotadas no tomó los correctivos con la empresa usuaria para prevenir el riesgo inminente, de otro lado, afirmó que la existencia de un contrato civil de vigilancia entre las empresas demandadas conlleva una conexidad contractual que determina solo las obligaciones conjuntas, sino que determina el alcance de la responsabilidad solidaridad entre las mismas frente al daño que surgió por sus deberes conjuntos de seguridad.

Frente a las excepciones planteadas relativa a la culpa exclusiva de la víctima, referente que el trabajador no tenía puesto el casco amarillo, el cual no cumplía con el carácter de industrial, y porque permitió el ingreso de terceros a la obra, los cuales habrían provocado el accidente, el juzgador afirmó que ninguno de esos eventos quedaron demostrados, máxime cuando de haber existido una culpa de la víctima no libra responsabilidad al empleador, ni lo compensa de las omisiones frente a los mecanismos de prevención y protección frente al trabajo en alturas.

En ese sentido, condenó a las demandadas al pago de la indemnización total de perjuicios según el artículo 216 del CST, determinó frente al lucro cesante consolidado desde la fecha de terminación del vínculo, esto es, 05 de octubre de 2011 hasta la fecha que se emitió la sentencia, por lucro cesante futuro, consiste en los salarios dejados de percibir por el núcleo familiar hasta que cumpliera el trabajador el término

de vida, es decir, para un hombre en Colombia hasta los 73.7 años; por daño emergente se absolvió a la demandada por ausencia probatoria. Sobre el daño moral, teniendo en cuenta que el accidente de trabajo ocasionó la muerte del compañero y padre de los demandantes se condenó a las demandadas.

De otro lado, frente a la solidaridad de Catalina y Juan Sebastián Santos Arias, Magneto Seguridad Integral Ltda., fue absorbida por Aseisa Ltda., sociedades que comparten mismo objeto social, por lo cual se entiende que se dio la sustitución de empleadores, lo que significa que tanto el antiguo como el nuevo empleador responden solidariamente por las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquel, y como en este caso, la fecha del accidente de trabajo acaeció con anterioridad a la absorción, es decir, el 05 de octubre de 2011, que la demanda se interpuso para el 07 de octubre de 2014, y que la fusión se perfeccionó para el año 2017, la reclamación se encontraba vigente a la fecha de la fusión, por tanto existieron estos elementos para tener a Aseisa Ltda., como responsable de las obligaciones de Magneto Seguridad Industrial Ltda., teniendo en cuenta que ambas sociedades tienen responsabilidad limitada, son los accionistas quienes deben responder de manera solidaria frente a las condenas impuestas.

Por último, en lo relativo al llamamiento en garantía a Axa Colpatria solicitado por Edificadora Gómez S.A, fue allegado al proceso la póliza, la cual se encontraba vigente a la fecha del accidente y se establece dentro de esta que se ampara el pago de los perjuicios materiales causados a terceros derivados de la responsabilidad civil extracontractual en que incurra el accionado de acuerdo con la ley, lesión, muerte daño de bienes ejecutados durante la ejecución del contrato de construcción de la carrera 5ª con calle 72, en consecuencia se aceptó el llamamiento para cubrir las condenas materiales, excluyendo los perjuicios morales.

Respecto a la excepción de prescripción, mencionó que, si bien el accidente de trabajo ocurrió el 05 de octubre de 2011, los accionantes presentaron reclamación el 25 de abril de 2014, que por lo tanto no se configuró el fenómeno prescriptivo. (Índice 16. Min. 08:08)

III. RECURSO DE APELACIÓN

Por Magneto Seguridad Integral Ltda., hoy Aseisa Ltda., se presentó recurso de apelación, manifestando que se aplicó indebidamente el artículo 216 del CST, el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social -CPTSS-, del Código General del Proceso, el Código Civil y demás Resoluciones indicadas en la sentencia, al dar por

demostrado sin estarlo que la ocurrencia del accidente de trabajo se debió por culpa comprobada de Magneto Seguridad Integral Ltda., cuando en realidad fue por culpa exclusiva del trabajador y el hecho de un tercero, que la sociedad atendió las normas de salud y seguridad en el trabajo, precisando que, era obligación del contratante, Edificadora Gómez proveer los recursos locativos, entre estos el vestier, para que el personal de vigilancia desarrollara sus labores, de allí que la ubicación de los vigilantes dependía únicamente de la empresa constructora.

Del testimonio del señor José Luis Herrera, solicitó se analice este, toda vez que, el testigo no tenía conocimientos en seguridad industrial, tal y como quedó demostrado al no poder acreditar dentro del término que había otorgado el despacho, los documentos que acreditaran su calidad de especialista en seguridad industrial. Además, que su testimonio faltó a la verdad al manifestar que él había ido a comprar el casco que usaba el señor Jerónimo Rojas Tarazona, cuando a folio 39 del expediente se pudo evidenciar que el auxiliar de recursos físicos fue quien se lo entregó al trabajador, quien no tenía conocimiento para indicar cuáles eran los puntos vulnerables. Sobre el informe de Colpatria, se afirmó que al momento del accidente el trabajador no usaba elementos seguridad, acto que se constituye como inseguro, además que, de conformidad con el material de investigación se demostró que el accidente ocurrió por la ejecución por un tercero de actividades que no estaban autorizadas, pese que la construcción se encontraba en obra gris, trabajador que recibió materiales de protección, pero no los estaba utilizando. Asimismo, que el trabajador se encontraba realizando funciones adicionales a las de vigilancia, las cuales no estaban directa ni indirectamente relacionadas, como entregar carnés, así que, el empleador no estaba obligado a suministrarle elementos de protección ni capacitaciones para esa función, ni en ese lugar de trabajo, obligación que sí estaba cargo de Edificadora Gómez Ltda.

Frente al lucro cesante futuro solicitó sea analizado, toda vez que la demandante y compañera permanente del trabajador estaría enriqueciéndose sin justa causa, pues ya recibe la pensión de sobreviviente, en tanto, dicho perjuicio busca sufragar los salarios dejados de percibir por el señor Jerónimo Rojas Tarazona, como se sustenta, los cuales se sufragan y se materializan con la pensión que tiene de sobreviviente. Sobre el daño moral, indicó que no hay otros elementos probatorios que determine una relación de familiar con el causante, pues no basta allegar al proceso los registros civiles de los hijos para acreditar tal relación o declaraciones como compañera permanente, que el hecho que ocurrió por un tercero, cuando el trabajador, pese la suspensión de obras, permitió el ingreso de contratistas, lo que no podía ser previsto por el empleador. Indica dado que tampoco era obligación proveer la situación de la

caseta, pues al momento la construcción, esta se encontraba en obra blanca y no existía trabajo en alturas, daño que escapa a la órbita del control del riesgo, por parte del empleador. (Min. 1:23:10).

A su turno, el apoderado judicial de los señores Catalina y Juan Sebastián Santos, en los temas de culpa patronal afirmó que la simple afirmación de los demandantes no es suficiente para acreditar la omisión del empleador, pues tal y como lo mencionaron aquellos testigos, ellos no presenciaron los hechos, mencionó que el juzgador dio relevancia inusitada al dicho del señor José Luis Herrera, pese que no se trata de un testigo que haya presenciado el accidente, quien además dio declaraciones con un supuesto sentido técnico de conocimiento profesional especializado, cuando en realidad brindó opiniones, sin ningún grado de certeza al no ser convocado dentro del proceso como perito y sin siquiera acreditar su calidad de experto, motivo por el cual, tal medio de prueba no puede tenerse en cuenta.

En relación a las pruebas documentales, el reporte de accidente del 14 de octubre de 2011, resaltó aspectos importantes que no fueron considerados por el *a quo*, para establecer si se dieron factores externos que no pueden ser completamente controlados por el empleador, por ejemplo, que la caseta fue cambiada de lugar por el director de la obra, lo que significa que un tercero sin ninguna razón ni justificación consideró realizar tal acto dos días antes, por lo que, el empleador Magneto Seguridad Integral no tenía la capacidad de determinar tal acto, convirtiéndose en una actuación exógena e imprevisible al empleador, recordando, además que Magneto presta servicios de vigilancia, no servicios de montaje, desmontaje de fachadas o de construcción de edificios, pese que en la demanda se describe en el hecho 18 a 21 que fue la constructora la que no colocó elementos de protección, sin que lo anterior pueda endilgarse a la empresa Magneto, ni que le genere alguna responsabilidad por no colocar los elementos de protección para proteger la caída de los objetos, ni por el panorama de riesgos en la nueva ubicación de la caseta, o por la implementación de protocolos de seguridad, porque la responsabilidad debe recaer sobre quien tenía el conocimiento técnico profesional para el desarrollo de la obra civil; que en el mismo reporte de accidente, se evidenció que posiblemente terceros ajenos a las demandadas causaron el accidente, situación que tampoco se encuentra en dominio de la empresa de seguridad.

Aunado, se afirma dentro de la misma prueba que *“se dejó sin asegurar el planchón”*, situación que le corresponde enteramente al responsable de la obra o, incluso al tercero que las realizaba, que nunca fue citado al proceso. Denota, que sobre la obligación contenida en la Resolución 3673 de 2008, era responsabilidad de la

Edificadora Gómez, pues esta era quien ejecutaba trabajos en alturas y no la sociedad Magneto Seguridad Integral, sociedad que no controla el ambiente de trabajo, siendo diferente que se pueda adherir a los protocolos del tercero.

Se resaltó que en el análisis realizado por Colpatria se informó que el trabajador no usaba los elementos de protección, si bien no se puede atribuir la culpa exclusiva de la víctima, lo cierto es que tampoco es culpa del empleador, pues todas las circunstancias que se han mencionado, también le generaba al trabajador la responsabilidad de mantener el casco, porque se encontraban en una zona libre, instrucción que deben seguir todas las personas que ingresen en las obras, sean contratistas, trabajadores directos o no, asimismo, reiteró sobre la teoría del autocuidado y autoconservación, solo por el hecho de estar dentro de la obra, sin tener en cuenta que tal espacio, que no correspondía a una caseta, fue determinado por un tercero, empleador que no podía implementar los protocolos de seguridad y prevención en la ejecución de la obra, que correspondía a quien tenía el conocimiento de la ejecución de la obra civil, pues su representada no era socia en la construcción.

Frente a la solidaridad, expresó que a pesar de que exista un contrato, no era posible aplicar el artículo 34 CST, en tanto se discute una prestación de carácter general que se encuentra en el plano de la responsabilidad civil contractual y extracontractual y no una responsabilidad laboral. Que debió tenerse en cuenta lo consignado dentro del informe de Colpatria que existieron “*causas básicas, factores personales, capacidad mental, falta de juicio para identificar peligros*” y por ello la falta de autocuidado del trabajador, reiterando la falta de pruebas, para haber determinado la responsabilidad subjetiva del empleador. Frente al lucro cesante consolidado y futuro, refiere que estos no se encuentran dentro del principio de razonabilidad, lo que igual sucede frente al daño moral, si en gracia de discusión se diera responsabilidad de sus representados (Min. 1:44:16).

La llamada en garantía Axa Colpatria, al sustentar el recurso de alzada, expresó que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta los reparos frente al contrato de seguro, analizando su argumentación como excepción de prescripción, cuando en realidad lo que se plantea es que el amparo de la póliza expedida no presta cobertura material, ni temporal, en tanto debe darse aplicación a lo establecido en el artículo 1056 del Código de Comercio, pues los hechos que son materia del presente asunto no corresponden al riesgo amparado, es decir, al de la responsabilidad civil extracontractual general. Asimismo, mencionó que no existe una cobertura temporal respecto de la póliza de seguro, en tanto no todas las pólizas de seguro tienen la modalidad de ocurrencia, sino que esta se encuentra delimitada por lo pactado entre

las partes, esto es del siniestro con dos años, artículo 4 Ley 389 de 1997, de manera que el término para la reclamación es a partir de la ocurrencia con dos años, en donde el asegurado tenía dos años a partir de la ocurrencia del hecho y dos años siguientes, sin que la póliza pudiese hacerse efectiva. (Min. 2:15:22).

IV. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde en virtud de los recursos formulados por las accionadas, establecer si en la ocurrencia del accidente de trabajo sufrido por el señor Jerónimo Rojas Tarazona, el 12 de julio de 2010, que ocasionara su fallecimiento, existe culpa del empleador, de ser así determinar si las demandadas y apelantes, deben responder conforme la sustentación de sus respectivos recursos.

V. CONSIDERACIONES

No es materia de controversia que el señor Jerónimo Rojas Tarazona desempeñó la labor de guarda de seguridad desde 12 de julio de 2010, al servicio de Magneto Seguridad Integral Ltda., que dicha sociedad celebró contrato de prestación de servicios con Edificadora Gómez S.A., trabajador quien sufrió un accidente de trabajo, cuando estaba laborando en el Proyecto Quinta 72, accidente que ocasionó su fallecimiento.

Ahora bien, en lo pertinente sobre sí existió culpa patronal en el accidente del 05 de octubre de 2011, se tiene en cuenta que la culpa del empleador se erige como elemento determinante para derivar la responsabilidad subjetiva de quien ha incumplido con una de las obligaciones esenciales que emergen de la relación laboral en brindar protección y seguridad a sus trabajadores, conforme lo prevé el artículo 56 del CST relacionado con la obligación especial que impone el numeral 2 del artículo 57 *ibid.*, consistente en *“procurar a los trabajadores, locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud”*; es así, como la culpa que toma el artículo 216 del CST, para dar cabida a la indemnización plena y ordinaria de perjuicios a cargo del empleador se equipara a la culpa leve de que trata el artículo 63 del Código Civil, definida como aquella falta de diligencia y cuidado que debe emplear un hombre en sus negocios propios, o inclusive, como la falta de cuidado que ejerce un buen padre de familia. Por esto, la culpa del empleador entraña un mínimo de protección, que debe estar apegada a las exigencias de la Ley y los reglamentos que propugnan por la adopción de un sistema de prevención de riesgos

laborales al interior de la empresa empleadora, lo cual conlleva que el empleador esté obligado a diseñar una matriz de riesgos a través de la cual pueda tener conciencia de las contingencias a las que se ven expuestos sus trabajadores.

Es por lo anterior, que para poder detectar la configuración de una culpa del empleador se deben analizar los elementos de la responsabilidad en la ocurrencia de un siniestro, que contempla todos aquellos elementos básicos de la responsabilidad que acoge el derecho común, que corresponde al accidente de trabajo o enfermedad profesional; la culpa del empleador; el daño o los perjuicios ocasionados a la víctima; esto es, la incapacidad permanente parcial, invalidez o muerte ocasionada a un trabajador; y el nexo causal entre el daño y la culpa, supuesto que requiere que el perjuicio sufrido por el trabajador y/o su familia, sea el resultado de la culpa del empleador, es decir, que de haber este actuado con la diligencia y cuidado debidos, no se hubiera ocasionado el siniestro laboral.

Lo anterior denota una característica distintiva de la culpa del empleador, y es que el tipo de responsabilidad que de ella se deriva es subjetiva, caso en el cual se puede reclamar la reparación plena de perjuicios. En lo que atañe a la carga de la prueba, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral SL3815 de 2022, que reiteró CSJ SL12707-2017, se precisó:

“(...) La prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante o sus beneficiarios, según las reglas de la carga de la prueba, lo que significa que demostrada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, se genera la obligación de indemnizar al trabajador o causahabientes los perjuicios causados, y teniendo en cuenta que de conformidad con lo consagrado en el art. 1604 del Código Civil la prueba de la «diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», si el empleador pretende cesar o desvirtuar su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal como lo dispone el art. 1757 ibídem.”

Frente a este aspecto puntual de la carga de la prueba en procesos dirigidos a indagar por la culpa patronal en la ocurrencia de accidentes de trabajo, en sentencia de la CSJ SL13653-2015 del 7 oct. 2015, se expresó que “esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que *“...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo...”* (CSJ SL2799-2014)». Adicionalmente, *... ha dicho que a pesar de lo anterior “...cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se*

le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores” (CSJ SL7181-2015), lo que quiere decir que al trabajador o sus herederos, le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero que por excepción con arreglo a lo previsto en los artículos 177 CPC hoy 167 CGP y 1604 C.C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es el empleador a quien corresponde demostrar que actuó con diligencia y precaución, a fin de resguardar la salud y la integridad del trabajador.

En torno a las obligaciones de cuidado y protección de los empleadores, en Casación Laboral (CSJ SL5154-2020) también se ha señalado que sobre el empleador recae “el deber de información y ejecución de medidas de protección y prevención necesarias para la gestión de los riesgos laborales conforme a lo dispuesto en los artículos 21, 56, 58 y 62 del Decreto 1295 de 1994 y demás normativas concordantes”.

También se ha indicado que los actos inseguros o imprudentes que pudo cometer el trabajador no eximen al empleador de su culpa ni tampoco conducen a que se disminuya la indemnización plena de perjuicios, si aparece demostrado que este faltó a sus deberes o controles, en aras de evitar o prevenir accidentes laborales (CSJ SL5154-2020 y CSJ SL2335-2020).

Visto lo anterior, como se advirtió, no existió reproche probatorio en el accidente ocurrido al señor Jerónimo Rojas Tarazona que conllevó su fallecimiento, por su actividad de guarda de seguridad, suceso que acaeció el 05/10/2011, de ahí que al quedar suplido este primer requisito, la Sala entrará a auscultar si este se ocasionó por culpa imputable al empleador, esto es, al no haber dado cumplimiento a las obligaciones de diligencia y cuidado que le asistían, acorde con la normatividad laboral que rige la materia.

En atención de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió el fallecimiento del señor Jerónimo Rojas Tarazona, se aprecia que este se acreditó por el extremo accionante con el Concepto Técnico de Accidente que emitiera la ARL COLPATRIA, respecto del cual se advierte que el suceso ocurrió el 05/10/ 2011 a las 17:30 p.m., obteniendo una descripción de la siguiente manera:

“como ocurrió el accidente: de acuerdo a la versión suministrada por el señor Víctor Cortes (Inspector de Siso de la obra) el trabajador accidentado se encontraba en su caseta haciendo entrega de los carnets de identificación a los trabajadores que salían de la obra cuando de repente cayo un pedazo de panchón de mas o menos 1

metro de largo sobre la caseta donde se encontraba el señor Jerónimo Rojas Tarazona (q.e.p.d) rompiéndola y golpeándolo a la altura de la cabeza.

Aproximadamente a las 18:00 horas hizo presencia una ambulancia de la empresa Emermedica, le prestaron los primeros auxilios y lo trasladaron a la Clínica Marly donde posteriormente falleció”.

El referido concepto, en su acápite de causas inmediatas del siniestro señala: Actos inseguros: omitir el uso de elementos de protección (casco), Condiciones inseguras: Dispositivos de Protección Inadecuados. (Caseta en material no resistente a caída de elementos), dispositivos de protección inadecuados (Ausencia de mamparas de seguridad), datos complementarios: al momento del accidente el trabajador no hacía uso del EPP (casco), el material de la caseta era de lona y plástico; la altura desde la cual cayó el planchón es de 30 metros aproximadamente, se identificó que el planchón que golpeó al trabajador había sido utilizado por el contratista estructuras y detalles en las horas de la mañana para apoyar una cercha de un andamio colgante que se había ubicado en el piso octavo del edificio⁹.

En la investigación de accidente realizada por Magneto Seguridad Integral Ltda., el 14 de octubre 2011, se resaltó, que el oficio desempeñado por el causante “*entregaba carnets a las personas que salían de la obra*”, empresa donde ocurrió el evento - Calle 72 No. 4-43 Bogotá-, el 05 de octubre de 2011, a las 5:30 pm, factor que originó el evento planchón de 1mt a 1.20 mt. Descripción como ocurrió el evento: “*el señor Jerónimo Rojas Tarazona, guarda recorredor de la obra, se encontraba en el vestir (de lona y plástico), aproximadamente a las 5:30 pm, entregándole los carnets a los trabajadores que salían de la obra, cuando de repente cayó un planchón de más o menos 1 metro a 1.20 metros de longitud, sobre la caseta de material de lona plástico, donde se encontraba el señor guarda recorredor; el planchón cayó desde la cubierta del octavo piso (altura 30mt aprox) del edificio en construcción. Según versiones de los señores Lubin Oidor (encargado del contratista “estructura y detalles) y Víctor cortes (Inspector siso de obra de Edificadora Gómez.*

Datos complementarios: “1). El señor Jerónimo Rojas, laboraba como guarda de recorredor de obra, en el turno de 6:00am a 6:00 pm. 2). Una de sus funciones era hacer requisa y en ocasiones la entrega de carnets a los trabajadores que se retiran de la obra, por terminación de su jornada laboral. 3) La actividad en ejecución (montaje de andamio colgante), no contaba con el permiso de trabajo requerido para esta labor de riesgo, sin embargo, en el documento código obr-q72-500-11 en el ítem factor de trabajo, código 100, se consigna, que la labor fue autorizada, pero el trabajador

⁹ Al índice 01. Expediente Pdf. Pág. 37 a 40

encargado del montaje no tomo las medidas de seguridad necesarias. 4) dos días anteriores a la ocurrencia del accidente, se hizo el cambio de la ubicación de la caseta por orden del Director de obra, trasladándola del cerramiento del costado occidental (cra5) al costado sur (calle 72) pegado a la fachada del edificio, a pesar que era una zona de alto tránsito de trabajadores, no se contaba con medidas de protección contra la caída de objetos. 7) Dentro de la obra en ejecución, se realizaba actividad de trabajo en alturas, sin cumplir cabalmente con lo establecido en la resolución 3673 del 26 de septiembre de 2008 “reglamento técnico de trabajo en alturas”¹⁰

De otra parte, se allega al plenario, “documentación soporte investigación del accidente de trabajo”, emitido por Edificadora Gómez EGSA S.A., en el cual se precisa: *“Condiciones Subestandar, ... se presenta una fuerte lluvia la cual pudo influir de manera directa en la ocurrencia del accidente, alterar las condiciones normales de los elementos instalados. ...Usos de métodos o procedimientos de por sí peligrosos, ya que la madera utilizada para la protección del ladrillo o como soporte no se asegura a la estructura. ...Se retiró la pérgola que protegía ese paso de personal, y que en esa área no se estaban realizando trabajos en la fachada, la caseta no es de material resistente.”¹¹*

- **Causas Básicas:**

FACTORES DEL TRABAJO

- 000 SUPERVISIÓN Y LIDERAZGO DEFICIENTES - 009 Identificación y evaluación deficiente de las exposiciones a pérdida - Se debió haber tenido en cuenta los riesgos potenciales a los que está expuesto el trabajador con el fin de definir el tipo de garita a entregar.
- 000 SUPERVISIÓN Y LIDERAZGO DEFICIENTES - 006 Programación o planificación insuficiente del trabajo el contratista no informó que ese día iba a realizar esa actividad.
- 100 INGENIERÍA INADECUADA - 106 Evaluación deficiente para el comienzo de una operación - Los trabajadores encargados de armar la estructura para el andamio, una vez autorizado el inicio de la actividad no tomaron las medidas de seguridad necesarias respecto de la nueva condición. Lo anterior, teniendo en cuenta que el lugar donde se estaba armando el andamio era un lugar de alto tránsito de personal.

A folio 45 del expediente digital se tiene contrato de prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada, suscrito entre Magneto Seguridad Integral Ltda. y Edificadora Gómez S.A.

A folio 64 a 67, se observa contrato de trabajo por obra o labor contratada suscrito entre Magneto Seguridad Integral Ltda. y el causante Jerónimo Rojas Tarazona, para realizar las funciones de guarda de seguridad, fecha de iniciación, 28 de julio de 2011.

A folio 53 Exp. Dig. índice 01, informe pericial de necropsia, emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forenses, *“Análisis y opinión pericial. Se trata*

¹⁰ Al índice 01. Expediente Pdf. Pág. 31 a 36

¹¹ Al índice 01. Expediente Pdf. Pag. 41 a 44

de un hombre quien según la información aportada por la policía judicial se encontraba en su lugar de trabajo en vigilancia de una obra dentro de la caseta, cuando cae de la obra un madero que impacta sobre la caseta” Igualmente se tiene matriz de riesgo folio 159 y sig.; programa de prevención y protección contra caídas vigente para el 30 de junio de 2011 de Edificadora Gómez S.A., (fl 218 y sig.), Plan de control ambiental y SISO (fl 283 y sig.), póliza de seguro responsabilidad civil de Colpatria Seguros .SA (pdf pág. 347 Exp 01)

Obra testimonio de la señora Bertha Martínez, quien en relevancia indicó que era la compañera permanente de Jerónimo Rojas Tarazona, con ocasión a la muerte del señor Rojas Tarazona percibe pensión de sobrevivientes; pues dependía económicamente de su compañero, señaló que el supervisor del causante, José Luis, fue la persona que lo socorrió al momento del fatal accidente (min. 5:20, Aud. 29/05/2019).

En la declaración de Erika Ortiz, Representante legal de Aseisa Ltda., manifestó en relevancia que tiene conocimiento que el causante prestaba sus funciones de seguridad como recorredor en piso no en alturas, que de acuerdo con la documental que reposa en el expediente se le entregó la dotación completa, también un espacio para desarrollar las funciones de su trabajo, pero el lugar para cambiarse era el sótano. Que las medidas de previsión que se tomó fue la capacitación del uso de los elementos de protección personal; resaltó en el lugar en que ocurrieron los hechos la obra ya estaba terminada, era revisar que en este caso el guarda de seguridad cumpliera con los protocolos de seguridad, como tal del uso de los elementos, sus recorridos. Sostuvo que la Edificadora Gómez S.A., fue quien ubicó el vestier del guarda de seguridad, que la caseta, que era más una medida para el clima, no se trasladó de lugar, que lo que se hizo fue colocar una polisombra, y donde estaba ubicada la obra estaba terminada y por eso no había más medidas de seguridad, día del accidente en que se había suspendido labores por lluvia (min. 28:02).

En el testimonio de José Luis Herrera (min. 57:25), informó que era supervisor de zona, que trabajó para Magneto dos años entre el 2011 al 2013; afirmó que era el jefe inmediato del señor Rojas Tarazona, frente al accidente de trabajo sostuvo, que el día de la novedad, paso más o menos a las 16 horas que viene siendo entre las 4 y las 6 de la tarde, él se encontraba de turno ese día, el supervisor le tenía que recibir el puesto en la noche, ese día llegó temprano a la empresa y como a los 10 o 15 minutos llamaron de la constructora que había pasado una novedad con el señor Jerónimo, que se dirigió al puesto y encontró al señor Jerónimo en el piso con un casco, él tenía un casco amarillo sencillo porque no era un casco industrial, era un casco económico,

lo tenía en la parte de la cabeza como hundido, el overol sucio de sangre que se lo estaban quitando los paramédicos y la caseta como tal donde estaba, pero no era caseta era como una carpa con plástico allí, y ahí tenía el hueco donde le cayó el tablón, en ese instante procedieron a llevárselo a la Clínica Marly, la ambulancia, que él se quedó de custodio, en el puesto de la novedad esperando por seguridad.

Señaló que la sociedad Magneto, tenía conocimiento de la actividad que se realizaba ese día, en torno a la manipulación en el sitio de trabajo de un andamiaje junto con los tablonces que se estaban instalando, porque día a día se informa la novedad de todos los puestos, se indicó que la obra estaba en culminación, y rematando los últimos puntos y que veía puntos vulnerables, sin medida de protección, malla como tal, que la caseta no era metálica sino carpa, el otro punto como tal era que donde lo tenían ubicado al actor era vulnerable, porque habían movido la caseta, la caseta la tenían en la entrada principal, la movieron hacia los lados de la 5ta, porque ya estaban culminando la obra.

De acuerdo a lo anterior, el sitio permitido por la empresa de vigilancia no contaba con materiales resistentes para proteger a los guardas de seguridad de la caída de algún elemento de la construcción, pues recuérdese que el testigo José Luis Herrera, precisó de la existencia de puntos vulnerables por falta de seguridad en el avance de ejecución, aun existían obras, sin adoptar medidas correctivas o de reclamo efectivas ante la constructora, entre estas que si el sitio no era seguro, se debía incluso suspender la prestación del servicio de vigilancia, lo cual evidencia una actitud no diligente de Magneto Ltda. hoy Aseisa Ltda.

Aunado a lo anterior, debe resaltarse que la entrega de casco y capacitación sobre trabajo en alturas, no son suficientes para eximir de responsabilidad en el accidente acaecido el 05 de octubre de 2011, que ocasionó el fallecimiento, toda vez que se omite la obligación tanto de Magneto Ltda. y de la Edificadora Gómez S.A de realizar un análisis del puesto de trabajo para establecer los riesgos, para así adoptar medidas preventivas, como supervisar el traslado de la caseta o sitio donde permanecía el guarda de seguridad, incumpliendo las obligaciones de cuidado y protección establecida en los art. 56, 57 y 348 del CST, máxime si se itera que el supervisor de zona José Luis Herrera, quien fuera trabajador de Magneto informó sobre los posibles medios inseguros en que se encontraba ubicado el extrabajador, que de haber existido protección o uso de materiales resistentes evitaran que la caída de materiales u objetos empleados para la obra, en la cual se prestaba el servicio de vigilancia, impactaran sobre el trabajador asignado, como por esta el verificar que tanto por la

actividad de la empresa constructora y de la actividad en obra, tal labor de vigilancia no se prestara en un ambiente inseguro.

Valga precisar que el recurrente Magneto Ltda., hoy Aseisa Ltda., indica que el accidente es responsabilidad de la víctima y de un tercero, empero no se encontró acreditado que ello superara el deber de diligencia y cuidado para el sitio de trabajo, si bien se indica o refiere que al momento del suceso, el trabajador fallecido no portaba el casco, en gracia de discusión, esto no resta responsabilidad al empleador, pues ello no justifica que se omitieran los mecanismos de prevención y protección frente a la incidencia por trabajo en alturas o riesgo de caída de objetos, como se indica en el informe accidente de trabajo, en su momento por a ARP Colpatria:

Cómo ocurrió el accidente:

De acuerdo a la versión suministrada por el señor Víctor Cortes (Inspector de Siso de la obra), el trabajador accidentado se encontraba en su caseta haciendo entrega de los carnets de identificación a los trabajadores que salían de la obra cuando de repente cayo un pedazo planchón de más o menos 1 metro de largo sobre la caseta donde se encontraba el señor Jerónimo Rojas Tarazona (q.e.p.d) rompiéndola y golpeándolo a la altura de la cabeza.
Aproximadamente a las 18:00 horas hizo presencia una ambulancia de la empresa Emermedica, le prestaron los primeros auxilios y lo trasladaron a la Clínica Marly donde posteriormente falleció el día 06 de octubre de 2011.

Datos complementarios:

- Al momento del accidente el trabajador no hacía uso del EPP (casco). ✓
- El material de la caseta era de lona y plástico.
- La altura desde la cual cayó el planchón es de 30 metros aproximadamente.
- Se identificó que el planchón que golpeo al trabajador había sido utilizado por el contratista Estructuras y Detalles en horas de la mañana para apoyar una cercha de un andamio colgante que se había ubicado en el piso octavo del edificio.
- Cuando ocurrió el accidente estaba lloviendo.

...

CONCEPTO DEL EVENTO

Con la información recopilada se identifican las siguientes causas del accidente, sujetas a modificaciones si fuere el caso, con el debido soporte:

CAUSAS INMEDIATAS

ACTOS INSEGUROS

- Omitir el uso de elementos de protección personal (Casco) ✓

CONDICIONES INSEGURAS

- Dispositivos de protección inadecuados (Caseta de material no resistente a caída de elementos) ✓
- Dispositivos de protección inadecuados (Ausencia de mamparas de seguridad) ✓

(Ind. 01, pdf Pág. 38-39 pdf)

Lo planteado, que no se fundamenta solo en el testimonio que se cuestiona en el recurso, pues los informes sobre el accidente de trabajo permiten inferir que existe la responsabilidad a partir del artículo 216 del CST, pues se itera para la empresa de vigilancia se activaba el deber de verificar que en el contexto de la industria a la cual

presta el servicio, en este caso una obra civil, su personal de vigilancia, no laborara con inadecuada exposición al riesgo, y en ello el resultado de ser afectado por la caída de un objeto. Era necesario haber verificado asiduamente el puesto específico de labor y las medidas de seguridad, que en caso de consolidarse el riesgo no permitieran el resultado, si bien la Edificadora Gómez S.A. no era una empleadora directa del señor Jerónimo Rojas, él si transitaba o se mantenía en la obra, expuesto a los riesgos, sin haber demostrado que si el accidente se originó por la caída de un objeto, por qué el área no estaba delimitada, se mantuvieran mallas escombreras o una caseta con resistencia a la caída de objetos, esto en el sitio donde el trabajador se encontraba.

De tal forma que Edificadora Gómez S.A, también utilizaba los servicios del señor Jerónimo Rojas dentro de sus procesos internos, y pese a que el empleador directo del causante era Magneto Ltda., conforme al contrato de trabajo que obra en el expediente digital, si asistía responsabilidad para las sociedades, de no permitir que ninguna persona, ni sus guardas de seguridad, para la data del accidente, conforme a lo establecido en la Resolución 3673 de 2008 del Ministerio de la Protección Social, se expusiera al riesgo sin requerimientos mínimos de medidas de prevención para caída de objetos, entre estos el delimitar áreas, el paso peatonal, mallas escombreras, y evitar que las personas ingresen en zonas de caídas de objetos, señalización de las áreas, barandas, redes de seguridad, como medida colectiva de protección cuyos objetos no solo deben detener la caída libre de un trabajador, sino contener la caída de objetos, empero todo ello no fue acreditado en el caso a efectos de edificar una razonabilidad mínima de diligencia y cuidado, en las zonas de tránsito o estadía del personal que laboraba como guarda de seguridad. Donde sea del caso indicar que no es suficiente que se relacione la caída de objetos por un tercero o el actuar de la constructora, ya que sus actividades se relacionaban con el riesgo generado por la obra a cargo del servicio de vigilancia. Esto implica que el empleador se encontraba, bajo los supuestos indicados en Casación Laboral, así:

“Incluso, según el convenio 167 de la OIT los empleadores deben «interrumpir las actividades» que comprometan la seguridad de las personas trabajadoras en caso que no se adopten las medidas correctivas, bajo la idea central que en el trabajo debe anteponerse la vida y la seguridad de los trabajadores frente a otras consideraciones” Sent. CSJ SL5154-2020, citando Sent. CSJ SL9355-2017.

En lo atinente a la inconformidad frente a la condena de lucro cesante consolidado y futuro, manifiesta el recurrente que se configura un enriquecimiento sin justa causa ya que la demandante percibe pensión de sobrevivientes, empero la indemnización plena

de perjuicios es pagada por el empleador, con ocasión del accidente de trabajo o enfermedad y las prestaciones reconocidas por el ente de seguridad social o administradora de riesgos laborales, en este caso pensión de sobrevivientes, es un derecho pensional que se origina por los aportes realizados para cada uno de los riesgos o en el tiempo de servicios, es decir, son prestaciones que derivan de connotaciones jurídicas distintas, del Sistema de Seguridad Social Integral frente a la responsabilidad de indemnización plena a cargo del empleador. Por tanto, la concurrencia entre la pensión de sobrevivientes y la obligación indemnizatoria que está a cargo del responsable del daño no implica un enriquecimiento sin justa causa para la parte que detenta la prestación, porque esta no guarda ningún tipo de relación con los perjuicios que deben ser resarcidos. Así lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2845-2019.

Ahora bien, en aras de determinar si los cálculos efectuados por el juez de primer grado, respecto al lucro cesante, son o no correctos, se procedió a efectuar la liquidación, con apoyo del grupo liquidador, teniendo en cuenta los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, a saber, el lucro cesante consolidado desde la fecha de terminación del contrato hasta la fecha de la sentencia, Por su parte, el lucro cesante futuro se calcula desde la fecha de la sentencia hasta la expectativa de vida probable del trabajador. (ver CSJ SL 4223- 2022):

CÁLCULOS DE LUCRO CESANTE Y LUCRO CESANTE CONSOLIDADO		
CALCULO LUCRO CESANTE		
LCC =	$R (1+i)^n - 1$	
	i	
NOMBRE		
FECHA NACIMIENTO		8/10/1957
FECHA DEL ACCIDENTE		5/10/2011
EDAD AL ACCIDENTE	54,00	
SUPERVIVENCIA ESTIMADA		28,1
SUPERVIVENCIA EN MESES		337,2
TIEMPO LUCRO CESANTE FUTURO	209,57	
INTERÉS LEGAL E.A.		6%
INTERÉS LEGAL MENSUAL		0,486755%
SALARIO	\$ 535.600,00	
Salario base liquidación	\$ 535.600,00	
% Perdida de Capacidad		100,00%
% del Salario Base de Liquidación	\$ 535.600,00	
Actualización salario	\$ 1.000.000,00	
INTERÉS BANCARIO MENSUAL		1,422400%
TIEMPO		
FECHA INICIAL SINIESTRO		5/10/2011

FECHA FINAL SENTENCIA		29/03/2022
MESES PROBABLES DEL PROCESO		128
CALCULO DE LUCRO CESANTE CONSOLIDADO		
LCC		\$ 176.366.299,70
CALCULO INGRESO MENSUAL ACTUALIZADO		
$RA = \frac{L.C.C.}{n}$		\$ 1.381.820,06
CALCULO DE LUCRO CESANTE FUTURO		
$LCF = \frac{RA (1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$		\$ 181.271.111,43
TOTALES LIQUIDACIÓN		
LUCRO CESANTE CONSOLIDADO	\$ 176.366.299,70	
LUCRO CESANTE FUTURO	\$ 181.271.111,43	
TOTAL LIQUIDACIÓN	\$ 357.637.411,12	

En tal sentido, el calculo arrojó una suma inferior a la determinada en primera instancia, razón por la cual, en este punto se modificará el ordinal quinto, numerales 2 y 3, en el sentido de condenar Aseisa Ltda, Edificadora Gómez S.A, Catalina Santos Arias y Juan Sebastián Santos Arias a pagar a favor de los demandantes por lucro cesante consolidado, en la suma de \$176.366.299, y lucro cesante futuro por \$181.271.111-. Lo anterior sin perjuicio de la limitación de responsabilidad indicada en el ordinal cuarto de la sentencia apelada en relación a las personas naturales demandadas.

Respecto a los perjuicios morales, debe resaltar esta Sala que en sentencia CSJ SL4570-2019 sobre este particular, dijo:

“Si bien el daño moral se ubica en lo más íntimo del ser humano y por lo mismo resulta inestimable en términos económicos, no obstante, a manera de relativa satisfacción, es factible establecer su cuantía. Para ello, es pertinente referir lo expuesto por esta Corte en sentencia CSJ SL 32720, 15 oct. 2008, que se reiteró en el fallo CSJ SL4665-2018, en cuanto a que la tasación del pretium doloris o precio del dolor, queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido esta Corporación, en esa misma decisión, «para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles

angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño

Así, con el apoyo del «arbitrio iudicis», la Sala estima los perjuicios morales en 100 salarios mínimos legales vigentes para cada uno de los familiares más cercanos del causante, esto es, la cónyuge supérstite (...) y sus hijos (...).”

Acorde a lo dicho en precedencia, estima esta Corporación que los perjuicios morales en 80 SMLMV para cada uno de los familiares más cercanos como es compañera permanente e hijos, se fijaron de acuerdo a las particularidades del asunto en estudio, y en aplicación de las reglas de la experiencia y la sana crítica, artículo 61 del CPTSS, por la pérdida sufrida por su progenitor y compañero de vida, el dolor que conlleva tal ausencia, permite concluir que la fijación que el a quo estimó se encuentra dentro de los parámetros de racionalidad.

En cuanto, la llamada en garantía AXA Colpatria S.A, reprocha la decisión del a quo, respecto condena a ella impuesta, y por tanto solicita se absuelva toda vez que, la póliza contratada por la Edificadora Gómez S.A., no cuenta con cobertura material ni temporal, con ocasión a los hechos que son objeto de debate; aunado a que se debe dar aplicación del artículo 4 de la Ley 389 de 1997, término para hacer la reclamación frente el asegurado frente a la compañía aseguradora se determinara a partir de la ocurrencia del hecho y dos años siguientes.

Al respecto por la documental allegada, se observa (pág. 347 pdf, al índice 01) póliza No. 8001275852 (min. 1:11:42 Sent. a quo) de seguro de responsabilidad civil contratada por la vigencia de 31/05/2010 al 31/03/2012, como tomador y asegurado Edificadora Gómez S.A, y objeto del seguro *“Amparar el pago de los perjuicios materiales causados a terceros, derivados de la responsabilidad civil extracontractual en que incurra el asegurado de acuerdo con la ley, por lesión, muerte o daños a bienes, ocasionados durante la ejecución del contrato de construcción quinta 72 cuya objeto es la construcción de 45 apartamentos, parqueaderos depósitos y zonas comunes del proyecto de vivienda quinta 72 (...).”* y en cuanto a la responsabilidad cubre las contingencias frente a la muerte del trabajador, ya que, en las condiciones generales de esta, en el capítulo 1 numeral 1.5, se especifica y limita en lo que esta enuncia *“Responsabilidad Civil Patronal”, sobre las afectaciones sufridas por personal al servicio del asegurado, empleados, entendiendo estos como “Así mismo se entiende por empleado, toda persona vinculada al asegurado mediante contrato de trabajo que le preste un servicio personal, remunerado y bajo subordinación y dependencia”* (Ind. 01 pág 351 .pdf).

Empero la responsabilidad en la sentencia recurrida no delimita al asegurado como empleador del señor Jerónimo Rojas, lo que evidencia la insuficiencia del contrato de seguro por la responsabilidad que en primera instancia se fijó contra la llamada en garantía, en tanto el asegurado no obró como empleador del señor Jerónimo Rojas, y la responsabilidad fijada por el a quo contra la sociedad constructora devino a partir de la solidaridad por conexidad, pero obrando un subcontratista y una relación de trabajo subordinada, no se trataba de fijar la relación jurídica sustancial como la responsabilidad ante un tercero, sino a través de los elementos propios de los artículos 34 y 216 del CST, que tiene origen contractual, que en todo caso, no fueron incluidos en el caso de la póliza de responsabilidad civil extracontractual, razón por lo cual debe revocarse las condenas fijadas en el numeral Sexto contra Axa Colpatria Seguros S.A. (antes Seguros Colpatria S.A.) en relación con la póliza 8001275852, para absolverla frente al llamamiento en garantía efectuado por Edificadora Gómez S.A. como se indicara en el acápite resolutivo, en consecuencia la Sala queda relevada en relación a la inconformidad sobre la cobertura por vigencia en la referida modalidad de amparo. Al respecto se absolverá en costas de primera instancia a la sociedad aseguradora, para fijarlas a cargo de Edificadora Gómez S.A., como convocante de aquella sociedad.

SIN COSTAS en esta instancia, por el resultado de los recursos. Se confirman las de primera a cargo de los recurrentes.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal quinto en sus numerales 2 y 3 de la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a Aseisa Ltda, Edificadora Gómez S.A., Catalina Santos Arias y Juan Sebastián Santos Arias a pagar a favor de los demandantes por lucro cesante consolidado en la suma de \$176.366.299, y lucro cesante futuro en la suma de \$ 181.271.111, de conformidad con las consideraciones expuestas.

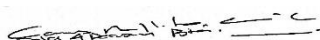
SEGUNDO: REVOCAR EL NUMERAL SEXTO de la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, que emitió condena contra Axa Colpatria Seguros S.A. y absolver de las costas fijadas contra esta sociedad en el numeral Octavo, en su lugar fijar costas, frente al llamamiento en garantía, a cargo de Edificadora Gómez S.A., siendo acreedora Axa Colpatria Seguros S.A.

TERCERO: CONFIRMAR EN LO DEMAS LA SENTENCIA APELADA; de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por edicto.



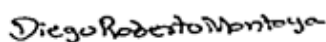
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 68e273c6f5fc4fb3c81c3258181d72b0af4e0c39e8de58d8edc72b1a458a9c4b

Documento generado en 29/09/2023 04:54:56 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-29- de septiembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105037202100021 01

Demandante: JOSÉ ALCIBIADES LEON CAMARGO

Demandado: MECÁNICOS ASOCIADOS S.A.S

Con la finalidad de resolver el recurso¹ de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del accionante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá del 04 de marzo de 2022.

ANTECEDENTES

El señor José Alcibíades León Camargo, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra de Mecánicos Asociados S.A.S. mediante la cual solicitó declarar en forma principal que la accionada realizó despido colectivo mayor al 10% de sus trabajadores en el mes de julio de 2020, en los proyectos mineros del Cesar y de la Guajira, sin justa causa y sin permiso del Ministerio de Trabajo; se declare que tenía protección foral de salud y por ende estabilidad laboral reforzada; al tener conocimiento la accionada de su afectación en salud, a saber, parálisis de bell y tener restricción permanente por patología auditiva irreversible por hipoacusia, vértigo y tinnitus, por tanto no podía ser despedido sin contar con permiso del Ministerio de Trabajo. Se declare que la compensación por rotación, auxilio de transporte y beneficio por trabajo seguro, son factor salarial, que el último

¹ Pase al despacho 13/05/2023

salario devengado fue el básico de \$1.920.441, en consecuencia se condene al reintegro al cargo que venía desempeñando, en las mismas condiciones que tenía al momento del despido injustificado teniendo en cuenta las limitaciones de salud; el pago de los salarios dejados de cancelar hasta el momento del reintegro; reliquidación de las prestaciones sociales, solicitó se condene a la demandada al pago de indemnización equivalente a 180 días de salario (Art. 26 de la Ley 361 de 1997); condenas debidamente indexadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que Mecánicos Asociados S.A.S. tiene contratos comerciales con la empresa de Carbones del Cerrejón para la prestación de servicios de mantenimiento en el proyecto Mina del Cerrejón desde hace más de 10 años, que celebró contrato de trabajo a término indefinido con Mecánicos Asociados S.A.S. desde el 26/02/2014, para desempeñar el cargo de *“técnico mtto aire acondicionado”*, que el lugar donde desarrolló la labor fue en la Mina del Cerrejón zona norte, las funciones asignadas fue mantenimiento de cabinas y aire acondicionado de los equipos mineros y ferrocarril; el salario devengado era un básico de \$1.920.441. Relató que el 28/10/2016 acude a urgencia al Hospital San Rafael de Albania donde le diagnosticaron parálisis de Bell, incapacidad de 4 días; que el 01/11/2016 acude a la EPS con el mismo diagnóstico (dolor de hemicara izquierdo + desviación de la comisura labial y cefalea) se le ordena fisioterapia y 15 terapias físicas e incapacidad por 5 días, que el 16/11/2018 la EPS lo ingresa al programa especial HTA-DM-IRC, el 09/01/2017, se realiza examen periódico por médico ocupacional de la accionada, el cual ordena restricción permanente por patología auditiva irreversible e indica como restricción no realizar trabajo en alturas.

Sostuvo que el 31/08/2018 el médico tratante de la EPS lo remite a otorrinolaringología, por diagnóstico: hipoacusia, vértigo, tinnitus; que le fueron concedidas las vacaciones del 27/03/2020 al 13/04/2020, teniendo en cuenta la circular 0021 del 17/03/2020 del Ministerio de Trabajo; que igualmente le conceden vacaciones del 14/04/2020 al 16/04/2020; afirmó que el 17/04/2020 no fue reintegrado a sus labores. Agregó que durante la relación laboral se le cancelaron, como retribución de su servicio, los conceptos de “compensación por rotación”, “auxilio de transporte”, “beneficio por trabajo seguro”; que la accionada el 10/07/2020 dio por terminado el contrato de trabajo. Que, en la liquidación definitiva de las prestaciones sociales, se cancela un día de salario, compensación por rotación, auxilio de transporte y beneficio por trabajo seguro; que el cargo que desempeñó sigue vigente, que el contrato comercial No. 007282013 entre Mecánicos Asociados S.A.S. y Carbones del Cerrejón, no había finalizado para el 10/07/2020; también que desde el 01/03/2020 hasta el 30/08/2020 la demandada despide a más del 10% de

sus trabajadores de los proyectos mineros. (Expediente Digital, al índice 01 pdf 1-15, subsanación al índice 04).

CONTESTACION DE DEMANDA

El demandado Mecánicos Asociados S.A.S., contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones; argumentó que debe tenerse en cuenta que a partir del año 2019 la audiometría del trabajador fue reportada como normal y para el momento de la desvinculación no se encontraba incapacitado, no tenía recomendaciones médicas vigentes, dictamen de pérdida de capacidad laboral ni estaba en proceso de calificación. Adicionalmente, el demandante nunca fue reubicado en vigencia de la relación laboral, por lo que era apto para el cargo desempeñado. Que, si en vigencia de la relación laboral tuvo alguna patología o restricción, para la fecha en que se dio la terminación de contrato de trabajo ya había superado esta situación, incluso el resultado del examen médico de retiro fue satisfactorio y sin evidencia de enfermedad laboral. Propuso las excepciones de: cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, improcedencia del reintegro y/o indemnización, inexistencia de derechos por parte del demandante, prescripción, compensación, buena fe y pago (al índice 10).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del cuatro (04) de marzo de dos mil veintidós (2022), resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR PROBADAS la excepción de cobro de lo no debido por inexistencia de causa y de la obligación, en consecuencia, absolver a la demandada MECANICOS ASOCIADOS SAS de todas y da unas de las pretensiones invocadas en su contra por parte del señor JOSE ALCIBIADES LEON CAMARGO de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las demás excepciones propuestas por la prosperidad que se dio a la declarada en el numeral primero.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, para tal efecto fijo como agencias en derecho la suma de \$300.000 por secretaria serán liquidadas en su oportunidad».

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que conforme a la documental, el accionante laboró al servicio de la demandada desde del 26/02/2014 hasta 10/07/2020 mediante contrato por obra y labor contratada y con una asignación salarial para el 2020 de \$1.920.44, las partes pactaron la duración de la obra a la vigencia del contrato 782013. Respecto a la estabilidad laboral reforzada, resaltó que la historia clínica del actor da cuenta que el 28/10/2016 fue

diagnosticado por parálisis de bell, razón por la que le ordenaron terapias físicas, unas recomendaciones e incapacidad que inició el 28/10/2016 y finalizó el 31/10/2016, luego el 31/08/2017 se le diagnostico la enfermedad de hipoacusia irreversible, folio 35, razón por la cual le realizaron una serie de restricciones como la de no realizar trabajo en altura, no realizar trabajo en espacio confinado, no manipular sustancias químicas, no hacer conducción vehicular, no hacer manejo de cargas, levantar, transportar, y descargar, no realizar movimientos de flexión y extensión, no realizar en posición de rodillas, folio 41, se desprende entonces de las aludidas documentales que el demandante en vigencia de la relación laboral efectivamente tuvo dos patologías, la primera parálisis de Bell, no le originó al actor una imposibilidad para cumplir las funciones que desempeñaba pues si bien se sometió a un tratamiento de fisioterapias, lo cierto es que nada se advierte sobre impedimentos para asistir a la prestación del servicio, incluso, se verifica que desde que le fue diagnosticada la patología, siguió trabajando por periodos prolongados e ininterrumpidos, y no se advierte incapacidades de las cuales se puede colegir que la enfermedad le generó dificultad para laborar o impedimento en el desarrollo de los mismos tal como fue resaltado en los alegatos de conclusión.

Señaló que, en el 2017, al accionante se le diagnóstico hipoacusia irreversible, empero continuó realizando labores de conducción de vehículo, actividad inherente al cargo que ejecutó desde el inicio de la relación laboral, además si bien advirtió que por restricciones médicas no podría desempeñar trabajo en alturas, al realizar su labor como técnico de mantenimiento de aire acondicionado en los equipos de piso que no superaban 1.5mts de altura, en esas condiciones, incluso por las fechas de las patologías, y la continuidad de la prestación del servicio, permite válidamente colegir que ninguna de ellas impidió al actor el desarrollo de sus labores en condiciones normales.

Asentó que, conforme al material probatorio, para el momento del despido el actor no contaba con una enfermedad que le impidiera el normal desarrollo de su trabajo, reiteró, que si bien obran restricciones las mismas datan del año 2017, sin embargo posterior a ello, no obra algún tipo de material probatorio que dé cuenta cual era el estado de salud para el año 2020 cuando se produjo el despido, contrario sensu se advierte la recuperación de la demandante, sin ningún tipo de ausentismo por ocasión de dichos diagnósticos.

Respecto a la reliquidación de las prestaciones sociales, sostuvo que el auxilio de transporte y el beneficio de trabajo seguro no constituye factor salarial, no iba dirigido a retribuir el servicio prestado por el demandante, ya que el transporte entregado no era puerta a puerta, del segundo concepto se indicó que el mismo

tenía como finalidad premiar de manera grupal el cumplimiento de las políticas de la seguridad industrial y minimizar el margen de accidentalidad de los trabajadores, que la compensación por rotación fue un concepto de carácter salarial pues así lo determinaron las partes desde el inicio de la relación contractual, situación que nunca fue modificada en los múltiples otros si suscritos, en el mismo sentido se determinó que fueron pagados y tenidos en cuenta para el pago de los aportes con destino al sistema de seguridad social.

Explicó que, la pretensión relacionada con la finalidad de determinar si se produjo en la empresa accionada un despido colectivo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 67 Ley 50 de 1990 de conformidad con la certificación de la empresa, da cuenta que entre el 01/03/2020 al 31/03/2020 tenía un total de 890 colaboradores, sin embargo también se advirtió que dentro del periodo 01/03/2020 al 31/08/2020 se registró un total de 143 colaboradores retirados en el proyecto de la Guajira, cifra está que no permite superar el umbral porcentual para efectos de calificar un despido colectivo, pues terminaron por la tercerización de la obra o labor. Conforme a lo expuesto, el juez de primera instancia absolvió a la accionada de las pretensiones incoadas en su contra.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado del accionante presentó recurso de apelación, previa consideración de la situación fáctica probada, solicitando se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia. Sustentó su apelación, en que la discusión se centra en determinar si a la terminación del contrato de trabajo el demandante continuaba con afectaciones de salud, que impedían desarrollar normalmente sus funciones, o sea, con estabilidad laboral reforzada, que el contrato de trabajo fue o no por obra o labor y si los emolumentos, auxilio de transporte y beneficios por trabajo seguro, son factor salarial, que conlleve o no una correcta liquidación final.

Reprochó que, el juez de instancia, con respecto al contrato de trabajo por obra o labor indicó que no hay confusión, no comparte concluir de esta forma, puesto si examina los 19 otrosí, el primer contrato realizado en el mes de febrero de 2014 se estipuló un porcentaje y posteriormente, se vinieron haciendo cambios sucesivos, en la medida en que esos valores se iban incrementando e igualmente se iban disminuyendo, tanto así, a folio 278, el otrosí especifica en 69.93%, a folio 280, otrosí se estipuló el 49.45%, a folios 281 un porcentaje del 19.99% inferior a los otrosí, e igualmente a folio 284 en el otrosí del 29/07/2019 un porcentaje del 100%, más sin embargo, para sorpresa del trabajador el 24/05/2020 se le hace firmar otro

otrosí del 51.61% visto a folio 285, pero faltó por examinar los otrosí del año 2020 donde hubo 8 y la empresa unilateralmente iba incrementando esos porcentajes, resultando que el 29/03/2020 estipuló el 82.42%, el 08/04/2020 hace otrosí exactamente con el mismo porcentaje 82.42%, el 22/04/2020 a escasos 14 días del anterior estipula un porcentaje del 100%, que a partir del 24/03/2020 a nivel mundial se presentó el COVID19, Colombia decretó emergencia sanitaria, los trabajadores no estaban asistiendo al proyecto minero, entonces no se explica esos cambios, pero el 24/05/2020 le envía mediante correo electrónico al actor un otrosí, el anterior el 22/04/2020 fue el del 100% y el 24 de mayo lo reduce al 51.61%, posteriormente el 09/06/2020 le hace firmar otrosí del 100%, culminando con el 24/06/2020 en el 100%, luego no había un aspecto claro en la obra, en ese contrato, la empresa iba acomodando los otrosí, para en cualquier momento terminar la relación laboral a los trabajadores, incluyendo al señor León, que tenía unas patologías y restricciones. Considera el recurrente que, al no existir claridad en los contratos por obra o labor, conforme sentencia SL2600-2018, se debe entenderse que la vinculación fue a término indefinido, proyecto minero que afectado por la pandemia Covid no tenía labores, pero esto no explica los avances del contrato, más si la testigo indicó que al 12 de julio de 2020 se inició un contrato para mantener cabinas, esto es si venia un contrato con posibilidad de prorroga lo que hace confusa la obra o labor.

Respecto a la estabilidad laboral reforzada, precisó que, para la terminación del contrato de trabajo, la accionada debía solicitar permiso al Ministerio de Trabajo, toda vez que José León, tenía una patología auditiva irreversible y unas restricciones permanentes.

Expone que los camiones carboníferos tienen hasta cinco metros de altura, pese a la necesidad del permiso del Ministerio de Trabajo, donde debe primar la favorabilidad del trabajador que si existía la estabilidad laboral por las restricciones y enfermedad irreversible cuando el contrato no se había terminado. En lo atinente a la liquidación los conceptos de compensación por rotación, auxilio de transporte y beneficio por trabajo seguro deben ser considerados como factor salarial, en la contestación de la demanda, la empresa acepta, que el concepto de compensación por rotación sí fue factor salarial y que fue liquidado mes a mes; el auxilio de transporte, claramente quedo demostrado que la demandada le suministraba el transporte para llegar al proyecto minero, pues la testigo, la señora Lina González manifestó, que en Albania los sitios son cercanos, que las personas van caminando, de tal forma que ese auxilio de transporte no era utilizado para tal fin, el hecho que no existiera un servicio puerta a puerta, no era necesario, o no lo utilizaba, el actor podía disponer fácilmente de ese auxilio; señaló que la demandada, no demostró que llevara un control de ese gasto; sobre el concepto por trabajo seguro, se cancelaba mes a mes,

por el mismo valor; en el contrato de trabajo inicial aparece un concepto por trabajo seguro, beneficio de \$265.000, para el 2014, empero la empresa termina cancelando ese beneficio por un valor menor, en el año 2020, emolumentos que son factor salarial, si se cumple con los presupuestos del artículo 127 CST (sent. CSJ5159 de 2018) puesto eran pagados de manera permanente tal y como aparece en las nóminas aportadas, y cumplen con el otro requisito de la contraprestación directa del servicio, sin demostrar la destinación específica que se pagaba, siempre que el actor estaba en el proyecto minero el cual fue su sitio de trabajo, por el contrario, no se cumple con los presupuestos del artículo 128 CST, estos emolumentos no eran por mera liberalidad, indicó que conforme sentencia SL4566-2020 que la falta de prueba conlleva a que el emolumento trabajo seguro, que se lo cancelaban de forma constante por la prestación del servicio, enriquecía el patrimonio del actor.

Con respecto a la liquidación, folio 24, observa que se liquidó con un promedio de \$1'920.441 y con una base variable de \$757.041, cuando la parte demandada aceptó en el hecho 26, que el valor pagado por recargos por rotación para el año 2020, fue de \$864.198, de tal manera que el valor no es igual. Ahora el salario básico, la compensación por rotación, auxilio de transporte y beneficio por trabajo seguro, fue liquidado por un día, cuando al actor se le está finalizando la relación laboral el 10/06/2020. Expresó que para corroborar, hay una certificación anexa al expediente en la cual la líder de nómina, señora Lina González certificó el salario del señor José León, para el 2020, en \$3'101.271, fecha inicial el 26/02/2014 hasta el 10/07/2020, discriminado en un salario básico \$1'920.441 Auxilio de transporte \$258.316, beneficio por trabajo seguro \$158.316 y compensación por rotación \$864.198 que realizando las operaciones aritméticas arroja \$3'101.271, de tal forma que la accionada no hizo una liquidación correcta de las prestaciones sociales, ya que debió realizarlo con la suma certificada por la empresa demanda al 22/04/2021 por \$3'101.271, reiterando la condena de ser el caso, por la indemnización por despido y demás emolumentos solicitados (min. 47:30 y sig.)

SEGUNDA INSTANCIA

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde determinar si hay lugar o no, a declarar ineficaz el contrato por obra o labor contratada suscrito entre el demandante y Mecánicos Asociados S.A.S., analizar si el demandante mantiene la estabilidad laboral por razones de salud, en caso afirmativo si hay lugar a su reintegro. También se estudia si hay lugar o no al pago de reliquidación de las prestaciones sociales.

CONSIDERACIONES

Cabe resaltar que no se discute que entre las partes existió una relación laboral, se observa contrato de trabajo por duración de una obra y labor contratada, suscrito entre Mecánicos Asociados S.A.S. y el actor José Alcibíades León Camargo, el 26 de febrero de 2014 (26/02/2014), cargo desempeñado técnico mantenimiento de aire acondicionado, lugar donde desempeñará las labores “Minas de Cerrejón” descripción de la obra “prestar los servicios hasta completar el 14.95% de ejecución del contrato No. 00782013 suscrito entre el empleador y su cliente, para el mantenimiento programado – servicios e inspección (seis) mantenimientos no programados (correctivos) equipos de ferrocarril, reciclaje de refrigerante, cuyo objeto son los servicios de mantenimiento de aires acondicionado y cabinas de los equipos de Minería y Ferrocarril de propiedad del Cerrejón (al índice 10, pág. en pdf 48); contrato de trabajo finalizado al 10/07/2020, según comunicación del empleador en razón a la terminación de la obra o labor para la cual fue contratado (al índice 10, pág. 79 en pdf)

Igualmente se tiene diferentes contratos en otrosí, en donde las ahora litigantes, expresaban que de común acuerdo decidían modificar, como referencia de la duración del contrato de trabajo por obra o labor suscrito el 26/02/2014, el porcentaje de avance inicialmente pactado del contrato comercial número 00782013 suscrito entre el empleador demandado y su cliente, Carbones del Cerrejón, así:

- Otrosí al contrato de trabajo, del 15/11/2014: *“prestar los servicios hasta completar el 19.99% de ejecución del contrato No. 00782013...”* (pdf 50 al índice 10)
- Otrosí al contrato de trabajo, del 24/08/2015: *“prestar los servicios hasta completar el 49.95% de ejecución del contrato No. 00782013...”* (pdf 51 al índice 10)
- Otrosí al contrato de trabajo, del 17/02/2015: *“prestar los servicios hasta completar el 29.90% de ejecución del contrato No. 00782013...”* (Pdf 52 al índice 10).
- Otrosí al contrato de trabajo, del 08/09/2016: *“prestar los servicios hasta completar el 69.93% de ejecución del contrato No. 00782013... Descripción de la labor: ejecución de las labores establecidas por el empleador para el cargo de técnico mantenimiento de aire acondicionado a - conductor funciones a desempeñar en el Cerrejón.”* (Pdf 53 al índice 10). Otrosí del 9/02/2016, modifica clausula tercera *“remuneración”* (Pdf 54-55 al índice 10).
- Otrosí al contrato de trabajo, del 24/08/2016: *“prestar los servicios hasta completar el 69.93% de ejecución del contrato No. 00782013”* (Pdf 61 al índice 10).

- Otrosí al contrato de trabajo, del 28/04/2017: *“prestar los servicios hasta completar el 100% de ejecución del contrato No. 00782013...”* (Pdf 56 al índice 10). Otrosí al contrato de trabajo, del 01/01/2017 respecto a la remuneración salarial. Otrosí al contrato de trabajo, del 08/09/2016 respecto a la remuneración salarial y cargo. (Pdf 54 - 59 al índice 10). Otrosí al contrato de trabajo, del 08/03/2019 respecto a la remuneración salarial (Pdf 62 al índice 10).
- Otrosí al contrato de trabajo, del 21/07/2019: *“prestar los servicios hasta completar el 100% de ejecución del otrosí 6 del contrato No. 00782013...”* (Pdf 63 al índice 10).
- Otrosí al contrato de trabajo, del 24/02/2019: *“prestar los servicios hasta completar el 98.01% del otrosí 6 de ejecución del contrato No. 00782013...”* (Pdf 64 al índice 10).
- Otrosí al contrato de trabajo, del 24/07/2019: *“prestar los servicios hasta completar el 26.83% de ejecución del otrosí 8 del contrato No. 00782013...”* (Pdf 65 al índice 10).
- Otrosí al contrato de trabajo, del 24/10/2019: *“prestar los servicios hasta completar el 100% de ejecución del otrosí 8 del contrato No. 00782013...”* (Pdf 66 al índice 10).
- Otrosí al contrato de trabajo, del 24/11/2019: *“prestar los servicios hasta completar el 48.35% de ejecución del otrosí 10 del contrato No. 00782013 para el mantenimiento programado-servicios e inspección, cuyo objeto son los servicios de mantenimiento de aires acondicionados y cabinas a los equipos de Minería y Ferrocarril de propiedad de Cerrejón”* (Pdf 67 al índice 10).
- Otrosí al contrato de trabajo, del 26/08/2019: *“prestar los servicios hasta completar el 54,47% de ejecución del otrosí 8 del contrato No. 00782013 para el mantenimiento programado-servicios, mantenimiento no programados, equipos de ferrocarriles, reciclaje refrigerante, cuyo objeto son los servicios de mantenimiento de aires acondicionados y cabinas a los equipos de Minería y Ferrocarril de Propiedad de Cerrejón”* (Pdf 69 al índice 10).
- Otrosí al contrato de trabajo, del 29/09/2019: *“prestar los servicios hasta completar el 74.80% de ejecución del otrosí 8 del contrato No. 00782013”* (Pdf 78 al índice 10)
- Otrosí al contrato de trabajo, del 20/02/2020: *“prestar los servicios hasta completar el 69,23% de ejecución del otrosí 10 del contrato No. 00782013 para el mantenimiento programado-servicios, cuyo objeto son los servicios de mantenimiento de aires acondicionados y cabinas de los equipos de minería y ferrocarril de propiedad de cerrejón”* y Otrosí 26/02/2020, respecto a la cláusula tercera “remuneración” del contrato de trabajo. (Pdf 70 -71 al índice10).
- Otrosí al contrato de trabajo, del 29/03/2020: *“prestar los servicios hasta completar el 82.42% de ejecución del otrosí 10 del contrato No. 00782013 para el mantenimiento programado-servicios, cuyo objeto son los servicios de mantenimiento de aires acondicionados y cabinas de los equipos de minería y ferrocarril de propiedad de cerrejón”*. Otrosí del 08/04/2020, clausula primera: a

partir del 18 de diciembre de 2019 el trabajador desempeñará el cargo de Técnico Mantenimiento aire acondicionado” (Pdf 72 a 73 al índice 10).

- Otrosí al contrato de trabajo, del 22/04/2020: *“prestar los servicios hasta completar el 100% de ejecución del otrosí 10 del contrato No. 00782013”* (Pdf 74 al índice 10)
- Otrosí al contrato de trabajo, del 24/05/2020: *“prestar los servicios hasta completar el 51.61% de ejecución del otrosí 11 del contrato No. 00782013”* (Pdf 75 al índice 10)
- Otrosí al contrato de trabajo, del 09/06/2020: *“prestar los servicios hasta completar el 100% de ejecución del otrosí 11 del contrato No. 00782013”* (Pdf 76 al índice 10).
- Otrosí al contrato de trabajo, del 24/06/2020: *“prestar los servicios hasta completar el 100% de ejecución del otrosí 12 del contrato No. 00782013”* (Pdf 77 al índice ibidem)

Conforme a la documental reseñada, se encuentra acreditado que el actor ha suscrito contrato por obra o labor con Mecánicos Asociados S.A.S, a partir del 26 de febrero de 2014, con el fin de ejecutar el objeto del contrato comercial No. 00782013 suscrito entre Cerrejón y Mecánicos Asociados S.A.S (Índice 10.pag en pdf 301 y sig.)

CONTRATO No. 00782013

ANEXO A

ALCANCE DE LOS SERVICIOS

1.0 OBJETO DEL CONTRATO

EL CONTRATISTA se obliga dentro de los términos y condiciones, que se indican más adelante en el presente documento y bajo su plena responsabilidad y dirección técnica a **prestar los SERVICIOS de mantenimiento de Aires Acondicionados y Cabinas a los equipos de Minería y Ferrocarril de propiedad de CERREJÓN**, para lo cual deberá utilizar toda la mano de obra necesaria y proporcionar todas las herramientas, equipos, trabajo, transporte, supervisión, servicios técnicos y profesionales, instalaciones, servicios generales, materiales, suministros y artículos, salvo los exceptuados expresamente en otras partes de este documento, incluyendo todas las actividades indispensables, inherentes y accesorias a dicho objeto, en las instalaciones de CERREJÓN ubicadas en La Mina de CERREJÓN, todo lo cual se llamará en adelante los SERVICIOS. Así mismo, el contrato se ejecutará de conformidad con las especificaciones incluidas en la Información Técnica presentada por el CONTRATISTA y las aclaraciones realizadas sobre la misma.

2.0 DURACIÓN DEL CONTRATO

La duración de los SERVICIOS será de cinco (5) años contados a partir de la fecha fijada en el acta de iniciación de los SERVICIOS, suscrita entre los representantes autorizados de las partes, la cual deberá firmarse a más tardar a los cinco (5) días calendario de haberse firmado el Contrato entre las partes.

CERREJÓN tendrá la opción de prorrogar la duración de los SERVICIOS hasta por dos (2) años adicionales, para lo cual será suficiente el aviso escrito en este sentido dirigido al CONTRATISTA con una anticipación no menor a treinta (30) días calendario a la fecha de terminación de los SERVICIOS.

De allí que la obra o labor contratada se encuentra identificada por las actividades de mantenimiento requeridas por un contratante del empleador, en todo caso atendiendo que tal contrato comercial también presentó adicionales, como se refiere en algunos otrosí al contrato de trabajo y que el ultimo otrosí del contrato de trabajo, refería un porcentaje al 100% de avance sobre el otrosí número 12 del contrato comercial número 00782013, que el empleador mantenía con Carbones del Cerrejón; por ello que pese las variaciones de porcentaje de avance del contrato de trabajo, más si entre el contratante del empleador y este, también se suscribían

adiciones contractuales, que estas incidieran en el porcentaje de obra o labor requerida por el trabajador y como premisa central, que el otrosí laboral final en todo caso refirió la duración del 100% de avance del contrato comercial número 00782013 esto es hasta su culminación, el que desde el inició se fundamentó como la causa de la obra o labor por el cual se efectuaba el vínculo laboral con el demandante. Sin que la expectativa del empleador de lograr una nueva relación comercial con Carbones del Cerrejón, permitiera entender que el contrato de trabajo del demandante correspondiera a las actividades generales comerciales del empleador.

En testimonio de la señora Yoneira Sánchez (min. 2:30:10), ella indicó que al terminarse el contrato de mantenimiento de cabinas, se terminaron sus contratos de trabajo, que el 11 de julio se dio inició a un nuevo contrato para el mantenimiento de cabinas, actor que tuvo rol de conductor de camioneta y mantenimiento de cabinas a nivel de piso, que el proceso licitatorio en relación al nuevo contrato comercial fue un proceso bastante complicado, lo que evidencia que al 10 de julio de 2020, no se encontraba como demostrado el tener por seguro la continuidad del contrato comercial indicado como causa de la obra o labor del contrato de trabajo, pues se competía con otras empresas para obtener los contratos de mantenimiento. Lo anterior mantiene la premisa que la temporalidad atendía la necesidad del cumplimiento del contrato comercial entre empleador y su contratante, siendo posible la identificación de la obra o labor, causa del contrato de trabajo, lo que cumple el artículo 45 del CST, también como se ha indicado en providencia CSJ SI4936-2021.

“Cuando se pacta por duración de la obra, ha reiterado esta Corporación que no basta con esa denominación, debe determinarse y delimitarse con claridad y especificidad la obra o labor contratada, o que indiscutiblemente se desprenda de la naturaleza de la labor tal temporalidad, de lo contrario, se entenderá de manera residual, que su duración es indefinida (CSJ SL2176-2017, CSJ SL2600-2018)”

Establecido lo anterior, esto es no restarle eficacia al contrato de trabajo por obra y labor, por tanto que lo existente fue una modalidad de terminación del contrato de trabajo, no resta analizar la estabilidad laboral reforzada por salud, que es objeto del recurso de apelación.

Al efecto la Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, disposición que en su artículo 26, señala: *“Ninguna persona limitada puede ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo”*, conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es

sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo, y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

Vale indicar que en esta última providencia C-531 de 2000, la Corte Constitucional declaró exequible el inciso referido al pago de la indemnización “bajo el supuesto de que (...) carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”. Respecto a la definición de discapacidad y a la protección de estabilidad laboral, en sentencia CSJ SL1504-2023, asentó:

“La jurisprudencia vigente de la Sala, por mayoría, tiene asentado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es suficiente que, al momento del despido, el trabajador sufra quebrantos de salud, esté en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse, al menos, una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada; esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, en los términos del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001 e independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales, como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa (CSJ SL, 28 ag. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, CSJ SL10538-2016, CSJ SL5163-2017, CSJ SL11411-2017, CSJ SL4609-2020, CSJSL3733-2020, CSJ SL058-2021 y CSJ SL497-2021).

A partir de ese porcentaje, se ha considerado que la condición o situación de discapacidad es relevante o de un grado significativo, de carácter considerable y prolongado en el tiempo que afecta el desarrollo de las funciones del trabajador en el ejercicio del derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, por lo que merece la protección legal.

Adicionalmente, la Sala ha precisado que, para acreditar la discapacidad, no se requiere de prueba solemne y concomitante a la terminación del vínculo laboral, toda vez que, por el carácter finalista de la norma, lo importante es que el empleador tenga conocimiento de la condición del trabajador, para asumir con cuidado la potestad de prescindir de sus servicios, bien sea logrando su calificación o esperando el resultado de aquella.

Entre tanto, el contenido y los alcances del concepto de discapacidad han sido tópicos en constante discusión y desarrollo, de manera que han sido varios instrumentos que impactan el entendimiento que debe asumir esta Sala, específicamente en lo que concierne al ámbito del trabajo y a la estabilidad que consagra el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

(...)

Posteriormente, con la expedición de la «Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» y su «Protocolo Facultativo» de 2006, se enfatizó en un modelo con orientación social y de derechos humanos, y reafirmó que la discapacidad resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras externas, incluidas las actitudinales, las cuales finalmente evitan o impiden la participación igualitaria del individuo en el ámbito social, político, económico y cultural del Estado.

La Convención adoptó el «enfoque de los derechos humanos», por cuanto, con base en el «modelo social» de concepción de la discapacidad, se fijó como propósito «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente», artículo 1 °.

Dicha convención «configura el estándar global más reciente y garantista de los derechos de las personas en situación de discapacidad» (CC C066-2013) y, en particular para Colombia, al ser aprobada a través de la Ley 1346 de 2009 que entró en vigor desde el 10 de junio de 2011 (CSJ SL3610-2020).

En vigencia de dicho instrumento, las sentencias CSJ SL 711-2021 y CSJ SL 572-2021 reiteraron el criterio de la Sala referido con anterioridad y, en esta última decisión se amplió y señaló que, si bien ante el carácter técnico científico de la condición de discapacidad era relevante contar con una «calificación técnica descriptiva», en el evento en que esta no obrara en el proceso, bajo el principio de libertad probatoria, la limitación podía inferirse:

[...] del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación.

Por ello, la Sala reexamina la composición del bloque de constitucionalidad con relación a los derechos de las personas en situación de discapacidad y concluye que la mencionada convención es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; o en otros términos, que constituye el parámetro para interpretar los derechos humanos de las personas con discapacidad contenidos en la Constitución, especialmente, en lo que concierne a las medidas de integración social en igualdad de oportunidades de las demás personas.

Pues bien, según el inciso 2. ° del artículo 1. ° de la convención, «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»

Este concepto también concuerda con lo establecido en la Ley 1618 de 2013, que incluso lo amplió a las deficiencias de mediano plazo, en tanto establece:

ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES. Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes conceptos:

1. *Personas con y/o en situación de discapacidad:* Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Destaca la Sala.

A juicio de la Sala, sin duda estas disposiciones tienen un impacto en el ámbito laboral y se orientan a precaver despidos discriminatorios fundados en una situación de discapacidad que pueda surgir cuando un trabajador con una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo, al interactuar con el entorno laboral vea obstaculizado el efectivo ejercicio de su labor en igualdad de condiciones que los demás...”

En tal sentido, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL1152-2023, determinó que, aquella se configura cuando concurren los siguientes elementos:

“ (...) ”

1. *La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.*
2. *La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás.*

En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».

(...)

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

- a) *La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructurales corporales tales como una desviación significativa o una pérdida»;*
- b) *La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;*
- c) *Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso. ...*

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

- (i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;*
- (ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-;*
- (iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-. (...)*

Es importante reiterar que para despedir a una persona con discapacidad es necesario solicitar previamente el permiso del Ministerio del Trabajo; de no ser así, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador (CSJ SL1360-2018). En tal caso, en un proceso judicial a las partes les concierne lo siguiente:

- Para solicitar el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el trabajador debe demostrar que tenía una discapacidad (deficiencia más barrera laboral, en los términos previamente descritos) y que el empleador conocía tal situación al momento del retiro o que era notoria.*
- Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, al empleador le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador. Igualmente, puede acreditar que se cumplió una causal objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.”*

Lo anterior significa, que para el Máximo Órgano de la Jurisdicción Laboral, que la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se configura cuando concurren la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo y, la existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones que los demás; barreras que pueden ser actitudinales, comunicativas y físicas, siendo obligación eliminar o mitigar estas, y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo. Al respecto obran los siguientes medios de prueba (Índice. 01):

- Historia clínica de fecha 28/10/2016 – diagnostico parálisis de bell, hipertensión esencial primaria (pdf 17,18)
- Incapacidad por cuatro días 28/10/2016- 31/10/2016 (pdf 22)

- Interconsulta se ordena terapias físicas 01/11/2016 (pdf 24)
- Incapacidad de cinco días, 01/11/2016 (pdf 26)
- Historia clínica 06/11/2016 (pdf 27)
- Incapacidad de cinco días, 11/11/2016. (pdf 32)
- Interconsulta diagnóstico hipoacusia, vértigo, tinnitus, 31/08/2017 (pdf. 35)

Igualmente, obra en el expediente formato para comunicar restricción médico laborales - Masa. (Pdf 41 al índice 01) de fecha 09/01/2017, patología auditiva irreversible, no realizar trabajo en alturas. Examen de egreso 15/07/2020, concepto aptitud satisfactorio (al índice 10 pdf 224).

En el interrogatorio de parte, rendido por el accionante José León, manifestó que para el 10 de julio de 2020 (1:04:00 y sig.), calenda de la terminación del contrato de trabajo, no contaba con incapacidad médica, ni dictamen de pérdida de capacidad laboral, todo el tiempo también fue conductor, que por su patología auditiva no trabajó más en alturas².

Analizado en conjunto la documental y el interrogatorio de parte al actor, demuestran que el trabajador tuvo hipoacusia, vértigo y tinnitus al 31/08/2017. No obstante, no le generó *per se* dificultades para desempeñar su actividad laboral, en tanto de la parálisis de bell, su proceso fue de recuperación y no impidió el desarrollo del rol ocupacional de técnico mantenimiento aire acondicionado – conductor. Sin que se explique en qué magnitud de labor posible o a asignar, mantenimiento aire acondicionado, el actor dejó de prestar labor en alturas o se restringió o no lo pudo realizar para el área de cabinas de vehículos en el caso de tracto camiones.

Por tanto, no solo, porque no pueda darse por establecido el despido, sino un modo de terminación del contrato de trabajo (art. 61. Núm. 1 lit. d) del CST), sino además al no ser posible acreditar una condición de discapacidad por parte del actor que se prolongará en el tiempo hasta la fecha de terminación del contrato el 10/07/2020, pues el examen de egreso fue satisfactorio (índice 06 en pdf 169-170, en fl. 341 a 342). No es posible dar por establecido el supuesto de la protección prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Respecto a los conceptos de compensación por rotación, auxilio de transporte y beneficio por trabajo seguro, que afirma el recurrente deben ser considerados como factor salarial, y por ende se debe liquidar las prestaciones sociales. Los artículos 127 y 128 del CST, definen qué sumas percibidas por el trabajador como salario. El

² 1100131050372021002100_L110013105037CSJVVirtual_01_20220228_080000_ (mim 1:03:15)

primero, precisa que salario es no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, por trabajo suplementario, en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre las ventas y comisiones.

A contrario, no constituye salario, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes solidarios, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni las prestaciones sociales comunes ni especiales. Tampoco serán elementos constitutivos de salario, los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, tales como alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales de vacaciones, de servicios o de navidad.

Se evidencia en el plenario que lo cancelado al actor por concepto de auxilio de transporte, no tuvo por fin la retribución directa del servicio prestado, sino la de contribuir a que las labores desarrolladas por él se pudiesen prestar de una forma más eficiente, acceso a las instalaciones donde se prestaba el servicio, por tanto dichos emolumentos no pueden, entenderse como factor salarial, toda vez que, se reitera, ello no tenía por fin el patrimonio del trabajador, sino que se le cancelada por la ejecución del contrato; el demandante expresó, que la ruta o transporte los recogía en un parque (1:09:22), es decir no era puerta a puerta, sin poder establecer que por la extensión del municipio de residencia del causante, en todo caso, el trabajador quedara excluido de cualquier gasto por desplazamiento al lugar, en donde ya los buses se dirigían con destino al área geográfica de operación y trabajo.

Frente al concepto de beneficio por trabajo seguro, debe resaltarse que en el contrato de trabajo³ se estableció que no constituía factor salarial, y el mismo no era cancelado, cuando ocurriera un accidente de trabajo, en el grupo de trabajo, por baja productividad, por incumplimiento de alguna norma de la seguridad industrial o cualquier evento que afecte la prestación del servicio, en efecto dicho pago se realizó de manera habitual en el periodo comprendido entre el 2017 a 2020⁴, pero el valor si fue variable. Los testimonios de Yoneira Sánchez Rincón (min. 2:26:00) y Lina Gonzales (min. 2:58:30) indicaron que, este beneficio se pagaba cuando no se

³ Exp Digital. Índice 10 pág. 48 a 49

⁴ Exp Digital. Índice 10 pág. 85 a 142

configuraba ningún evento de seguridad, sin importar quien sea; luego dicha bonificación no retribuía el servicio personal, sino que tenía como finalidad incentivar de manera grupal el cumplimiento de las políticas de la seguridad industrial y minimizar los accidentes de trabajo; por tanto, no cumple los atributos para configurarse como salario, era un pago que por su causación se originaba no solo por un actuar del actor, sino de los imprevistos de los demás trabajadores.

Frente la compensación por rotación, debe indicarse que conformidad con el acervo probatorio, fue un concepto que tuvo carácter salarial durante la relación laboral, hecho que fue aceptado por la accionada en el escrito contestación; situación que nunca fue modificada en los múltiples otrosí suscritos, y fue cancelada, mes a mes y tenidos en cuenta en el pago de los aportes con destino al sistema de seguridad social.

En lo atinente al salario devengado y los días de liquidación, debe precisar la Sala que, si bien existe en el plenario certificación⁵, expedida por parte del empleador – MASA- indica:



EL SUSCRITO LIDER NÓMINA

CERTIFICA

Que el(la) señor(a) **JOSE ALCIBIADES LEON CAMARGO** identificado(a) con cédula de ciudadanía No. **8684903**, laboró en Mecánicos Asociados S.A.S. - Nit 891.102.7238 con un contrato de Obra o Labor Contratada, durante los siguientes periodos:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DESCRIPCIÓN CARGO
26/02/2014	10/07/2020	TECNICO MTTO AIRE ACONDICIONADO

Que el(la) señor(a) **LEON CAMARGO** en su última vinculación laboral, devengaba un ingreso fijo mensual de **TRES MILLONES CIENTO UN MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UN PESOS MCTE ***(\$ 3,101,271.00)**. Discriminado de la siguiente manera:

a. Salario básico	\$ 1,920,441,00
b. Auxilio de Transporte	\$ 158,316,00
c. Beneficio por Trabajo Seguro	\$ 158,316,00
d. Compensación por Rotación	\$ 864,198,00

Se expide a solicitud del interesado(a).

Dada en Bogotá DC, a los 22 días del mes de Abril de 2021.

En todo caso, esta menciona el ingreso fijo mensual, no la connotación de salario, aun así sobre la validez de las certificaciones expedidas por el empleador, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha expresado que *“los derechos en ellas contenidos deben reputarse como cierto, a menos que el empleador demandado acredite contundentemente que lo registrado en esas constancias no se aviene a la verdad”* (CSJ SL2745-2018), se tiene que salario básico devengado para

⁵ Exp. Digt. Al índice 10 Pág.156

el 2020, año de finalización de la relación laboral, fue de \$1.920.441,00 más una base variable que para cesantías en la liquidación final se tuvo por \$757.041,00, junto a 98 días trabajados y 92 no laborados, entre la fecha de causación del 01/01/2020 al 10/07/2020. Sin embargo, como se ha visto los valores auxilio de transporte y beneficio por trabajo seguro no hacían parte del salario y en los desprendibles de nómina de aquellas fechas⁶, la compensación por rotación no siempre tuvo causación por la totalidad del periodo, por ejemplo, del 1/03/2020 al 15/03/2020 en 7 días por \$201.646, del 16/03/2020 al 31/03/2020 en 10 días por \$288.066, lo que en la liquidación final no permitía su inclusión al valor máximo de \$864.198.

Por otra parte, sobre los días que se tuvieron en cuenta, para la liquidación definitiva de las prestaciones sociales del actor, y que es objeto de reproche en el recurso de apelación, pues el apoderado judicial del accionante, en su sentir, considera se debe tomar el tiempo que fue certificado por el empleador esto es del 26/02/2014 al 10/07/2020, extremos en que se desarrolló el vínculo contractual con el accionado, se aprecia de los mismos supuestos fácticos de la demanda (hechos 23 y 24), al actor no se le dejaron de cancelar salarios de los meses de enero, febrero, marzo, y abril de 2020, en tanto conforme a las consideraciones contenidas en la circular 0021 del 17 de marzo de 2020, expedida por el Ministerio de trabajo, la accionada concedió vacaciones del 27/03/2020 hasta el 13/04/2020⁷ y posteriormente se le reconocieron nuevamente para que las disfrutará del 14/04/2020 al 16/04/2020⁸, aunado mediante comunicación del 01 de abril de 2020, la accionada informó al actor, sobre la suspensión del contrato de trabajo:

⁶ Exp. Digt. Al índice 10 Pág. 136 a 142

⁷ Exp. Digt. Al índice 01 Pág. 39.

⁸ Exp. Digt. Al índice 01 Pág. 40

Señor (a)
JOSE ALCIBIADES LEON CAMARGO
E.S.M.

Cordial saludo.

Poniendo de presente, los hechos públicamente conocidos que se vienen presentando en el País, que impiden la ejecución del Contrato Comercial No. 00782013 celebrado con CARBONES DEL CERREJON LIMITED, y consecuentemente impiden a la Compañía la ejecución de su contrato de trabajo, atendiendo a las instrucciones impartidas por el Gobierno Nacional en virtud de la emergencia sanitaria generada por la Pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público, tipificando los hechos descritos Circunstancias de Fuerza Mayor; la Compañía le informa que su contrato de trabajo se encuentra **SUSPENDIDO** a partir del 01 de Abril de 2020, en desarrollo de lo previsto en el numeral 1 del artículo 51 del C.S.T.

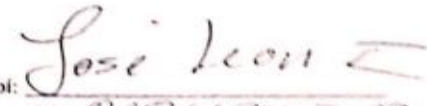
Lo anterior, teniendo en cuenta que por un evento de fuerza mayor y/o caso fortuito, se hace físicamente imposible la ejecución del contrato y por ende el cumplimiento de sus funciones.

No obstante, lo anterior, recordamos que la compañía continuará realizando los pagos al Sistema Integral de Seguridad Social de conformidad con lo establecido en la normatividad sobre la materia, así mismo en aplicación de las medidas decretadas por el Ministerio del trabajo los trabajadores por la contingencia de salud y que se encuentren en periodo de vacaciones la suspensión operará una vez finalice este descanso remunerado.

Esperamos que esta situación culmine lo más pronto posible, momento en el cual se reanudará su contrato. Lo invitamos a estar atento al llamado que se hará para el reintegro de sus labores.

Atentamente,


ORLANDO AMADO INFANTE
Gerente de Proyectos
Mecánicos Asociados S.A.S.

Recibi: 
" 8684903 B/p

Con copia: Hoja de vida Trabajador

Lo anterior porque el cliente del contrato comercial Carbones de Cerrejón suspendió⁹ temporalmente el contrato a la demandada, salvo para las actividades estrictamente necesarias de acuerdo con el Decreto 457 de 2020, en el marco de la emergencia COVID-19, le era imposible continuar con la ejecución de servicio.

El accionado como quedo visto suspendió el contrato del actor a partir del 01 de abril de 2020, conforme artículos 51 y 53 del CST, por los efectos de la suspensión se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio, para el empleador el pago de salarios empero deberá pagar los aportes a la seguridad social, aunado que el periodo de suspensión podrá descontarse a la liquidación de vacaciones y cesantías.

Conforme, a lo anterior, finiquitadas las vacaciones, esto es, 16/04/2020, y pero ya con la suspensión del contrato de trabajo que inició el 01/04/2020, la demandada tomó el 10/07/2020 como ultimo día laborado, que es la data en la cual la empresa dio por terminado el contrato de trabajo, por consiguiente, la accionada procedió a liquidar las prestaciones sociales y el salario (al índice 10, Pág. 84), sin excederse del periodo efectivamente laborado por el demandante, en consecuencia, no se adeuda acreencia laboral al actor y por ende no procede la reliquidación solicitada.

⁹ Exp. Digt. al índice 10 pág. 213

Agotada la competencia de la Sala, bajo el recurso de apelación, conforme lo expuesto se confirmará la sentencia recurrida. Sin costas en esta instancia. Se confirman las de primera.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

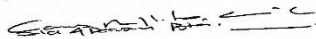
RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida, el cuatro (04) de marzo de dos mil dos (2022), por el Juzgado Triente y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso laboral en donde es demandante el señor JOSÉ ALCIBIADES LEON CAMARGO y demandado MECÁNICOS ASOCIADOS S.A.S

SEGUNDO: Sin costas esta instancia. Se confirman las de primera.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

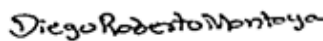
Notifíquese por EDICTO.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR
Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmado Por:
Carlos Alberto Cortes Corredor
Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **11e6fb1cfc019680b1579fed1899e22b1c53856f7ac7b1240eb6a6a0336cc91b**

Documento generado en 29/09/2023 04:54:59 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-29- de septiembre de 2023

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105 027 2019 00050 01

Demandante: JOSÉ DEL CARMEN CAPERA

Demandado: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación¹, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra las Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá el veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (29/04/2022).

I. ANTECEDENTES

El señor José del Carmen Capera presentó demanda laboral en contra Alpina Productos Alimenticios S.A, a efectos que se declare que al momento del despido el 22/01/2026, se encontraba afiliado a la organización sindical Unión Sindical de Trabajadores de Alpina Productos Alimenticios S.A - USTA; que el despido fue sin justa causa y es ineficaz por haber ocurrido en el desarrollo del conflicto colectivo entre la unión sindical y la empresa demandada; que, para todos los efectos legales y prestacionales no ha tenido solución de continuidad entre la fecha de despido, y la orden de reintegro. En consecuencia, se condene a restablecer el contrato de trabajo, el reintegro en el mismo cargo que tenía al momento del despido, o de otro de igual o superior categoría, a pagar salarios dejados de percibir, las primas legales y

¹ Pase al despacho 13/05/2022

extralegales, vacaciones, cesantías e intereses de cesantías, los aportes en salud y pensión, desde la fecha del despido el 22 de enero de 2016 hasta la fecha del reintegro, los cuales deberán ser indexados al momento del pago; así como las costas, agencias en derecho y lo que se pruebe ultra y extra petita.

Como pretensión subsidiaria solicitó se condene a la demandada al pago de la indemnización establecida en el artículo 64 del CST, por haber sido despido sin justa causa legal el 01 de septiembre de 2016² (sic).

Fundamentó sus peticiones, en síntesis, al indicar que ingresó a laborar a la empresa Alpina Productos Alimenticios S.A. mediante contrato laboral a término indefinido desde el día 16 de junio de 2006 desempeñando el cargo de ayudante de agencia, devengando como último salario \$1.178.800 pesos; agregó que el día 30 de marzo de 2008 se constituyó la organización Unión Sindical de Trabajadores de la Empresa Alpina Productos Alimenticios S.A, a la cual pertenece y cuya afiliación fue notificada al empleador desde el 22 de enero de 2016. Añadió que el 16 de junio de 2015, la organización sindical presentó pliego de peticiones a la empresa demandada, la cual el 19 de junio de 2015 acuso recibido de las peticiones presentadas por la Unión Sindical de Trabajadores de la Empresa Alpina S.A.; para el 25 de junio de 2015 se instaló el proceso de negociación entre la organización sindical “UTA” y “USTA” con Alpina S.A; que el 14 de julio de 2015 se cerró la etapa de arreglo directo entre la organización sindical sin obtener acuerdo con la organización “USTA”, por lo que mediante Resolución 0936 del 22 de marzo de 2016, el Ministerio de Trabajo ordenó confirmar la Resolución 5058 del 30 de noviembre de 2015, dejando en firme la convocatoria obligatoria de un Tribunal de Arbitramento para poner fin al conflicto sindical.

Por otro lado, mencionó que debido a sus funciones como ayudante manipulando canastillas con producto terminado padeció de varios accidentes laborales el 26/12/2011, 22/03/2012 y el 16/11/2015, los cuales fueron atendidos por el servicio de urgencias. El más reciente el 21/01/2016, en donde bajando un producto del camión con peso alrededor de 25 kg sintió un fuerte dolor en la espalda y hombros que manejó con analgésicos, quedando el reporte registrado en la ARL Sura; relató que, el 22 de enero de 2016, al presentarse en las instalaciones de la empresa su jefe inmediato le permitió acudir al servicio de urgencias en la Clínica del Occidente, para lo cual se demoró 1 hora y media en el desplazamiento, y para las 7:42 am fue atendido por el médico, quien lo incapacitó por tres días, es decir, desde el 22 de enero de 2016 hasta

² Al índice 01 Exp 2019-050 Pdf Subsanción 94 a 104

el 24 de enero de 2016, comunicándole a su jefe inmediato dicha situación alrededor de las 7:50 am.

Agregó que, el 25 de enero del mismo mes y año, se presentó a trabajar normalmente a las instalaciones de la empresa cuando el señor Mauricio Rivera, jefe de distribución y la señora Nelsy Rozo, analista de talento, le impidieron el ingreso a su puesto de trabajo como consecuencia de una terminación del contrato de trabajo desde el 22 de enero de 2016, por lo que, el 27 de enero de 2016 presentó derecho de petición a la sociedad empleadora, que el 10 de febrero de 2016 fue notificado en su lugar de residencia la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo sin justa causa. Por último, indicó que el 18 de febrero de 2016, la ARL SURA le informó que el evento que ocurrió el 21 de enero de 2016 no corresponde a un accidente de trabajo con expediente No. 1410811324 y que dicha notificación fue enviada y devuelta por dirección errónea; asimismo, resaltó que el despido ocurrió durante la existencia del conflicto colectivo entre las organizaciones sindicales “UTA” y “USTA” y la empresa Alpina Productos Alimenticios S.A.³

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por medio del auto del 09 de julio de 2019, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda en contra de Alpina Productos Alimenticios S.A y ordenó su notificación junto con la del sindicato Unión Sindical de Trabajadores de la Empresa Alpina Productos Alimenticios S.A para que coadyuve al señor José del Carmen Capera⁴.

Alpina Productos Alimenticios S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. Indicó que, no le consta que el demandante se encuentre afiliado a la organización sindical “USTA” pues el contrato de trabajo finalizó el 22 de enero de 2016, afirmando que fue notificada de la afiliación del demandante a la organización sindical a las 7:59 am de ese día, pero el señor José del Carmen Capera a fue informado sobre la terminación del contrato de trabajo a las 6:35 am, negándose a suscribir la comunicación, por lo que se dejó constancia con dos testigos.

Agregó que desde el inicio de la relación laboral, el demandante se encontraba adherido y fue beneficiario del pacto colectivo suscrito entre Alpina S.A y los trabajadores no sindicalizados, tanto es así que en el año 2014 obtuvo un incremento salarial producto de dicho acuerdo, por lo que, reiteró que los beneficios del pacto

³ Exp. digital «01 EXP 2019-050.pdf» págs. 94 a 104.

⁴ Exp. digital «01 EXP 2019-050.pdf» pág. 146.

colectivo y de la convención colectiva son incompatibles entre sí; asimismo, que el demandante nunca ejerció derecho alguno correspondiente a un trabajador sindicalizado ni cumplió con las obligaciones derivadas de tal condición. Por último, mencionó que la finalización del contrato de trabajo goza de legalidad y en consecuencia no hay lugar al pago de suma alguna por acreencias laborales con posterioridad al 22 de enero de 2016. Propuso como excepciones entre otras: *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, inexistencia de fuero circunstancial a la terminación del contrato de trabajo, prescripción y «compensación* (al índice 01 Pdf 196 a 214).

Por su parte, la Unión Sindical de Trabajadores de la Empresa Alpina Productos Alimenticios S.A, “USTA” afirmó que el trabajador José del Carmen Capera fue despedido sin justa causa a pesar de estar vigente el conflicto laboral con la empresa demandada, dentro del cual se encuentra el demandante y en referencia a la segunda pretensión expreso que el demandante haciendo uso de su derecho a la negociación colectiva, desde el 22 de enero de 2016 a las 7:59 am⁵, empezó a hacer parte del conflicto laboral.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022), resolvió:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por el señor JOSÉ DEL CARMEN CAPERA, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de fuero circunstancial a la terminación del contrato de trabajo.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS al demandante en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho.”

En concordancia con las documentales y testimonios recepcionados, consideró que para el momento en que fue notificado el trabajador del despido sin justa causa, la sociedad empleadora no tenía conocimiento que el demandante se había afiliado a la organización sindical, requisito indispensable para que goce del fuero circunstancial invocado; destacó que, no se allegó prueba que permitiera evidenciar que Alpina S.A desvinculó al señor Capera con el fin de diluir el movimiento sindical, pues para el momento del despido existía la constancia de que el actor voluntariamente accedió a

⁵ Exp. Digital: «01. EXPEDIENTE» págs. 430 a 434

los beneficios del pacto colectivo. Por otro lado, resaltó, que el despido tuvo fundamento en un proceso de reestructuración por el que pasaba la empleadora el cual no solo afectó al actor, sino a un número considerable de trabajadores. En cuanto a la pretensión subsidiaria, precisó que al actor le fue reconocida la indemnización por despido sin justa causa por \$12'838.693, por lo que también se negó esta pretensión (Índice 11. Min. 05:55).

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial del señor José del Carmen Capera, presentó recurso de apelación en el que manifestó que tras analizar el material probatorio y los testimonios en especial el de la señora Rosa, quien en favorecimiento de Alpina, manifestó no recordar bien los actos o las situaciones sucedidas el 22 de enero de 2016, ella que le entregó una carta de despido a mi poderdante, pero que no recuerda muy bien las circunstancias; enfatizó que en la carta de terminación se dejó constancia que el despido se ejecuta después de la hora de salida, que es a las 3:00 pm, afirmó que se logra dar una confusión en la situación fáctica, toda vez que el demandante de buena fe se presentó al tercer día a laborar, sin tener conocimiento sobre la terminación de su labor, pues a pesar de que se afirma haber sido notificado por medio de dos testigos pertenecientes al sindicato, ellos también ponen en conocimiento que desde el 21 de enero de 2016 se estaría generando la gestión para la vinculación, por lo que no se puede concluir que el demandante ejecutó la afiliación para evitar que su contrato de trabajo finalizara, pues los trámites propios de esta suponía que la organización sindical notificara al trabajador al día siguiente.

Reiteró que el demandante al no tener conocimiento de la situación, desde el momento en que se afilió tiene la protección del fuero circunstancial; de otro lado, de acuerdo con el contenido de la carta de terminación los efectos tendrían aplicación finalizado el horario de trabajo (Min. 17:40)

La Unión Sindical de Trabajadores de la Empresa Alpina Productos Alimenticios S.A, sustentó el recurso de alzada en donde advirtió que el despacho no tuvo en cuenta que a la hora que aduce la demandada, el trabajador no pudo ser notificado pues para este momento se encontraba en urgencias, circunstancia de la cual se desprendió la incapacidad de tres días; en igual sentido, el simple hecho que al interior de la empresa existiera un pacto colectivo no imposibilita al demandante a vincularse en una organización sindical, pues en ejercicio de su derecho de libertad de asociación sindical válidamente podía realizarlo o no.

Insistió que la juez de primera instancia, no analizó la carta de terminación en la cual se indicaba que la finalización del contrato de trabajo se daba una vez se completara la jornada de trabajo, y no al momento de la notificación de la misma, por lo que, en todo caso si se acepta que el trabajador fue notificado en horas de la mañana con efectos a partir de las 3 de la tarde, a este momento el trabajador ya se encontraba afiliado al sindicato, tal y como quedó probado en el relato del señor José Luis Parada, quien manifestó que el trabajador gestionó su afiliación el 21 de enero de 2016, no obstante no fue hasta el día siguiente que se le comunicó dicho acto a la empresa, y que para la fecha de vinculación el conflicto colectivo se encontraba vigente. Asimismo, manifestó que la *a quo* no tuvo en cuenta los precedentes judiciales que fueron expuestos por la Corte Suprema de Justicia, quien ha sido clara en indicar que el fuero circunstancial comprende, inicialmente, a los trabajadores que hubieren presentado el pliego de peticiones, pero que además este se extiende a quienes en el curso del conflicto colectivo decidan voluntariamente afiliarse al sindicato que promovió tal conflicto y que presentó un pliego de peticiones. Por último, indicó que la primera instancia se equivocó en tener en cuenta el testimonio de la señora Nelcy, pues aun cuando indicó que desconocía ciertos aspectos fue capaz de recodar con mucha claridad a pesar de haber pasado más de 6 años del despido, circunstancia que le resta credibilidad a su testimonio (Min. 21:54)

IV. PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, determinar si el accionante se encontraba cobijado por el fuero circunstancial al momento de la terminación del contrato de trabajo y en caso afirmativo definir los efectos jurídicos que correspondan.

V. CONSIDERACIONES

Previo al análisis de lo que es objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existió una relación laboral desde el 16 de junio de 2006 hasta el 22 de enero de 2016, como se evidencia del contenido de la certificación laboral en el archivo digital 01 pdf 64, aunado a que en el escrito de demanda y contestación no se invocó oposición alguna frente al hecho; la terminación del vínculo contractual se dio por terminada de manera unilateral y sin justa causa por parte de la accionada Alpina S.A., el 22 de enero de 2016, tal y como se observa de la carta de terminación laboral (al índice 01 pdf 63). Igualmente, no existe controversia en torno a que la Unión Sindical de Trabajadores de Alpina Productos Alimenticios S.A- USTA, presentó pliego de petición ante la demanda el 16 de junio de 2015 (pdf 31 ibidem), laudo arbitral de

11 de abril de 2018, que al momento de la terminación del vínculo laboral se estaba en presencia de conflicto colectivo (pdf 480 a524).

Al respecto, el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, establece:

“ARTÍCULO 25. Protección en conflictos colectivos. Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto”.

En ese contexto, según los artículos 10 y 36 de los Decretos Reglamentarios 1373 de 1966 y 1469 de 1978, son titulares de esa protección, los trabajadores afiliados a un sindicato y los no sindicalizados que hayan radicado el pliego que da lugar al conflicto colectivo de trabajo, desde ese momento y hasta que éste se solucione mediante la firma de la convención colectiva o del pacto colectivo, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral si fuere el caso.

En virtud de lo anterior, el trabajador no podrá ser despedido sin justa causa probada durante la vigencia del arreglo del conflicto colectivo. Al respecto la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL3317-2019, señaló:

«Como se puede observar, el fuero circunstancial es la garantía de que gozan los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados a no ser despedidos sin justa causa, entre la fecha de presentación del pliego de peticiones y la terminación de la negociación colectiva.

Esta protección es esencial para la libertad sindical, ya que evita que los afiliados a un sindicato sean despedidos selectivamente con ocasión de un conflicto colectivo y, por esa vía, se diluya el movimiento sindical. Por otro lado, le permite a los trabajadores plantear reivindicaciones laborales sin temor a ser despedidos. En tal sentido, el fuero circunstancial sienta las bases para que los interlocutores sociales entablen diálogos constructivos frente a las condiciones laborales y de empleo en la empresa, sin temor a represalias.

Ahora bien, el fuero circunstancial garantiza la continuidad laboral en la empresa, a condición de que el beneficiario del mismo observe buena conducta y cumpla sus obligaciones laborales, es decir, que se comporte como un buen trabajador. Por consiguiente, si incurre en una justa causa de despido, la protección no opera, independientemente que esta haya ocurrido antes o después de la presentación del pliego de peticiones».

En ese orden, se advierte que en tratándose de trabajadores sindicalizados, el fuero circunstancial ampara a quienes están afiliados al sindicato al momento de la presentación del pliego de peticiones y a los empleados que se vinculan en el transcurso del conflicto colectivo. De tal forma que el fuero circunstancial beneficia

sólo a los trabajadores que presentan el pliego de peticiones, cuando se trata de un grupo de empleados no sindicalizados que deciden entablar un conflicto colectivo con su empleador, no siendo posible extender el beneficio a todos los trabajadores de la empresa.

Ahora bien, dado que el contrato laboral del demandante fue terminado sin justa causa, el punto central se circunscribe a establecer si para a fecha de la desvinculación aquel gozaba de fuero circunstancial, ya que la demandada considera que el actor carecía de tal protección, pues no se encontraba al momento de la desvinculación afiliado al sindicato, pues la accionada no había sido notificada de tal afiliación.

Al efecto, debe precisarse que la Máxima Corporación, ha sostenido, uno de los presupuestos para ser beneficiario del amparo por fuero circunstancial previsto en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, es que el empleador haya tenido conocimiento de la afiliación del trabajador al sindicato que presenta el pliego de peticiones, sentencia CSJ SL2834-2021 que reitera CSJ SL12995-2017 y cita sentencia CSJ bajo radicado 39453 del 10 de julio de 2012, que expresó:

“[...] la razón para no acceder el ad quem al reintegro impetrado es que consideró que, si bien el actor se afilió al sindicato antes de su despido y con posterioridad a la presentación del pliego, esta situación no se informó al empleador, ni se demostró que este conociera de la misma por cualquier medio probatorio, por lo que el despido producido no podía tener como consecuencia el reintegro derivado de la protección establecida en el artículo 25 ya citado.”

En la misma línea, la sentencia CSJ SL3681-2020, enuncia:

«Así lo expuso, por ejemplo, en las sentencias CSJ SL13275-2015, que rememora las reglas de las sentencias CSJ SL, 10 jul. 2012, rad. 39453 y CSJ SL, 28 feb. 2007, rad. 29081.

También tiene adoctrinado la Sala, que la interpretación de las normas antes referidas no puede ser literal o exegética, so pena de que desconozca su teleología, que no es otra que mantener el equilibrio entre los trabajadores comprometidos o interesados en el conflicto y el empleador, a fin de que el último, amparado en su poder subordinante, no pueda debilitar su capacidad de negociación.

En ese escenario, por ejemplo, en las sentencias citadas, se ha expuesto que la garantía de fuero circunstancial se extiende,

[...] a aquellos [trabajadores] que en el curso del conflicto decidan, de una parte, afiliarse al sindicato que promovió el conflicto y presentó el pliego de peticiones, o de otra, a aquellos no sindicalizados que se adhieran al pliego de peticiones

presentados directamente por sus compañeros igualmente no pertenecientes a ninguna organización sindical.

Sin embargo, como lo acusa la impugnación, para que opere esa garantía, no solo es necesario que el titular demuestre un despido injusto dentro de la existencia de un conflicto económico, como lo expuso el juez de segundo grado, sino que también debe acreditar el previo conocimiento del empleador de la condición de afiliado al sindicato o de la integración de la lista de trabajadores no sindicalizados que haya radicado el pliego de peticiones, a efectos de que la garantía se torne en eficaz.

Lo anterior, porque el empresario debe conocer cuáles son los trabajadores que hacen parte del conflicto colectivo, máxime si se tiene en cuenta que «la afiliación a una organización sindical no puede ser secreta. Por el contrario, es una situación que debe ser de público conocimiento en una empresa y mucho más cuando está de por medio la alegación de un fuero circunstancial».

Así lo expuso la Corte, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 10 jul. 2012, rad. 39453, que reitera la regla de la sentencia CSJ SL, 2 de jul. 2008, rad. 31945, en la que también señaló:

[...] Hecha la anterior precisión, es pertinente recordar que justamente la razón para no acceder el ad quem al reintegro impetrado es que consideró que si bien el actor se afilió al sindicato antes de su despido y con posterioridad a la presentación del pliego, esta situación no se informó al empleador, ni se demostró que este conociera de la misma por cualquier medio probatorio, por lo que el despido producido no podía tener como consecuencia el reintegro derivado de la protección establecida en el artículo 25 ya citado.

Lo último, en razón a que:

Para la protección de un despido en un conflicto colectivo, es necesario que se acredite, obviamente con cualquier medio probatorio ordinario, el conocimiento a la empleadora de la afiliación de un trabajador al sindicato que promovió el conflicto. Sólo así esa protección será eficaz, de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales [...].

De donde se concluye que el cargo es próspero, por cuanto el Tribunal incurrió en el error interpretativo atribuido por la impugnación, al pasar por alto que para la eficacia de la garantía del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, debía exigir el conocimiento del empleador de la condición de afiliada al sindicato USTRIAL de la demandante, el cual, como no se discute, presentó el pliego de peticiones del que ésta hace derivar la garantía foral.»

Por tanto, en los términos del artículo 61 del CPTSS a fin de determinar si el actor ostentaba la condición que alega, en el caso se encuentra demostrado que la Unión Sindical de Trabajadores de la Empresa Alpina Productos Alimenticios S.A. - USTA, presentó un pliego de peticiones ante la demandada el día 16 de junio de 2015 (Exp. Digital: 01. Expediente 2019-716, págs. 31), iniciando el conflicto colectivo en esa fecha, el cual fue decidido por un Tribunal de Arbitramento el día 11 de abril de 2018

Asimismo, se debe poner de presente que el demandante se afilió en calidad de adherente a la organización sindical USTA, dicha afiliación fue notificada a Alpina Productos Alimenticios S.A el 22 de enero de 2016 a las 7:59 am, constancia de este, sello de recibido, plasmado en el documento obrante expediente digital al índice 01

E. S. D.



REFERENCIA: Comunicación sobre los nuevos afiliados en calidad de adherentes (s) a la organización sindical denominada **UNIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS. U.S.T.A.**

La Junta Directiva Nacional de U.S.T.A., le informa que los compañeros que aparecen relacionados a continuación se afiliaron en calidad de adherentes a nuestra organización sindical, con registro sindical 025 de Abril de 2008.

NOMBRES Y APELLIDOS	C.C.	OFICIO	FIRMA
JOSÉ DEL CARMEN AGUIRRE	92344444	AL. AGENCIA	[Firma]
 Servicios Administrativos CDR LA ESTANCIA Alquiler Producción y Mantenimiento S.A. Nº 1. 000 00 Fecha: 22 ENE 2016 CORRESPONDENCIA A RECEPCION LA RECEPCION NOTIFICA AL SECTOR DE LA RECEPCION - SELECCION DE DOCUMENTOS			

JUNTA DIRECTIVA NACIONAL

Alex Lewis
PRESIDENTE


SECRETARIO

La comunicación visible a página pdf 63, fl. 59, corresponde al documento de la misiva por medio de la cual la empresa informa al señor José del Carmen Capera, la terminación de su contrato de trabajo sin justa causa, el 22 enero de 2016, y expresa que esa decisión se materializa, *“a partir del momento en que se termine su jornada laboral del 22 de enero de 2016”*. En la parte inferior se indica *“el señor José del Carmen Capera participa de la notificación manifiesta no firma, no recibe ningún documento siendo las 6:35 am se reitera, se deja constancia, se le informa que se enviaron los documentos a su domicilio se llamada dos testigos”* firma la señora

Tatiana Diaz León y otra persona que no indica el nombre solo la firma y cedula.
Señala la hora de 6:35 am en manuscrito.

Bogotá D.C., 22 de Enero de 2015

señor
JOSE DEL CARMEN CAPERA
Ciudad

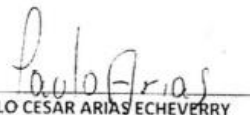
Referencia. Terminación del Contrato de Trabajo Sin Justa Causa

La presente tiene por objeto comunicar a usted que **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A.** ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo sin justa causa a partir del momento en que termine su jornada laboral del día 22 de enero de 2016.

Le solicitamos comedidamente que haga entrega de los elementos de trabajo que le fueron entregados en **LA ESTANCIA** a más tardar el día 22 de enero de 2016.

Se deja constancia que con esta comunicación se hace entrega de su liquidación definitiva -la cual incluye la correspondiente indemnización por despido-, comprobante del pago de aportes al sistema de seguridad social, carta para que se practique el examen médico de retiro y carta para el retiro de cesantías.

Atentamente,


PAULO CESAR ARIAS ECHEVERRY
GERENTE TALENTO

El señor José del Carmen Capera participó de la notificación manifestando no firmar ni recibir ningún documento siendo las 6:35 am se retiró. Se deja constancia llamando dos (2) Testigos que firmen en constancia. Se le informa que se enviarán documentos a su domicilio.
Tatiana Diaz León
1098026217
6:35 am 22/01/2016
1169933925
C. Capera 22/01/2016

A folio 58 (pdf. 62), se tiene carta dirigida al accionante, referencia envío soporte notificación terminación sin justa causa, en ella se indica: *“Con toda la atención remito a usted los documentos que soportan la reunión realizada con su presencia el día de hoy 22/01/2016, citada a las 6:00 am y la cual finalizó a las 6:35 am en la cual fue notificado de la terminación de su contrato de trabajo sin justa causa; y donde manifestó que entendía la información pero no firmaría ni recibiría documento alguno y se relacionaron los documentos que se anexa a la comunicación”*.

De lo anterior se desprende que el 22 de enero de 2016, entre las 6:00 am y las 6:35 am se realizó una reunión en las dependencias de la demandada, en donde participó el demandante, y la señora Tatiana Diaz León, en la cual se le notificó al demandante el despido, y éste se negó a recibir la carta contentiva del mismo, momento para el cual el demandante no se encontraba afiliado a la organización sindical Unión Sindical de Trabajadores de Alpina Productos Alimenticios USTA, pues la afiliación se hizo efectiva frente a la demandada, el mismo día pero horas después de comunicado el despido, esto es a las 7:59 am., es decir, el actor no se encontraba aforado, como quedo visto para que opere esta garantía, no solo es necesario que el titular demuestre

un despido injusto dentro de la existencia de un conflicto económico, sino que también debe acreditar el previo conocimiento del empleador de la condición de afiliado al sindicato o de la integración de la lista de trabajadores no sindicalizados que haya radicado el pliego de peticiones, a efectos de que la garantía se torne eficaz, aspecto que como quedo visto no fueron acreditados en el caso de autos.

En torno a este punto, en el presente caso, para esta Sala de Decisión, así como lo optó el juez de primer grado, la documental allegada, específicamente la carta de terminación del contrato de trabajo fecha el 22/01/2016 tiene credibilidad, máximo si los recurrentes propiamente no presentaron alguna inconformidad frente a la carta de terminación sin justa causa del contrato de trabajo, que conllevara restarle efectos probatorios a lo señalado en tal. Conforme el presupuesto normativo y jurisprudencial citado, al momento del despido no se demostró que el empleador conociera de la afiliación del demandante a la organización sindical por la que se origina el conflicto colectivo, sino que esta comunicación de afiliación se envía momentos después del despido; sin que pueda tenerse como referencia para la protección deprecada la finalización de la jornada laboral de aquel día, ni que el actor se dirigiera a atención médica durante aquella misma calenda.

Ahora conforme al testimonio de la señora Nelcy Rosso Peña, (min.46:40) refiere que el señor José Capera, estuvo en las horas de la mañana en las instalaciones de la accionada, el 22/01/2016, calenda en la cual a las 6:35 am se dio por terminada la relación laboral con la empleadora Alpina S.A., expresando de forma clara lo acontecido respecto del demandante para aquella fecha, el recurrente afirma que el testimonio del señor José Luis Parada manifiesta que la afiliación del sindicato la realizó el 21/01/2016 en la noche, empero igualmente sostuvo (min. 33:20) que se notificó a la empresa hasta el 22/01/2016 a las 7:59 am; esto es posterior a la hora en que se reporta notificado al accionante José Capera de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa.

De las pruebas aportadas concluye la Sala que para el momento en que fue enterado el trabajador del despido sin justa causa, la demandada no tenía conocimiento que el accionante se había afiliado a la organización sindical, requisito indispensable para gozar del fuero circunstancial invocado y esto conlleva a confirmar la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

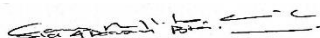
V. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá el veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022) dentro del proceso ordinario laboral, promovido por el señor José del Carmen Capera en contra Alpina Productos Alimenticios S.A, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por edicto.



CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e2428842acbbb886d46ddb11d509834be54678c499370310c63cd3759bd16503**

Documento generado en 29/09/2023 04:55:00 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

-29- de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso Ordinario Laboral No. 110013105- 022-2017-00346-02

Demandante: GABRIEL USECHE MORENO.

Demandada: DELTEC S.A., Y CODENSA S.A. E.S.P.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación¹, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del 2022, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la parte demandada y Deltec S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá del dieciséis (16) de septiembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

Gabriel Useche Moreno, presentó demanda ordinaria laboral en contra de Deltec S.A., y solidariamente Codensa S.A., a efectos que se declare que las lesiones sufridas el 04 de enero de 2012, fueron ocasionados por accidente de trabajo y con ocurrencia por culpa atribuible exclusivamente a Deltec y subsidiariamente Codensa; en consecuencia se condene a las demandadas a reconocer y pagar la indemnización plena y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del CST; lucro cesante consolidado en la suma de \$48.316.626, lucro cesante futuro \$148.126.033; igualmente se condene al pago de perjuicios morales teniendo en cuenta que el accidente sufrido originó una pérdida de capacidad laboral consolidada del 53.30%, valor estimado en \$50.000.000; que se cancele 439 días de salarios dejados de cancelar por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2015 hasta el 19 de marzo de 2016, (cuando Colpensiones reconoció pensión de invalidez), que

¹ Pase al despacho 20/05/2022

corresponde a \$15.096.113, lo que resulte ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como pretensiones subsidiarias en caso de que se demuestre que Codensa S.A., no tuvo incidencia en el accidente de trabajo, se declare que las lesiones sufridas el 04 de enero de 2012, fueron por culpa atribuible exclusivamente de la compañía DELTEC S.A; se condene a pagar indemnización plena y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del CST; lucro cesante consolidado en la suma de \$48.316.626, lucro cesante futuro en \$148.126.033; perjuicios morales estimados en \$50.000.000; 439 días de salarios dejados de cancelar por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2015 hasta el 19 de marzo de 2016, que corresponde a \$15.096.113, lo que resulte ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus peticiones, en síntesis, al indicar, que para el 04 de enero de 2012 Deltec S.A., era contratista de Codensa S.A., que en condición de contratista ejecutó una serie de trabajos en la construcción y mantenimiento de redes de distribución de energía eléctrica en la zona de la Palma- Cundinamarca y otros municipios vecinos; que las actividades realizadas por Deltec S.A., formaban parte de las funciones desarrolladas normalmente por Codensa S.A., y se encontraban vinculadas con la explotación de su objeto económico. Señaló que 17 de noviembre de 2010 (17/11/2010) Deltec le ordenó examen de preingreso, para iniciar labores en la compañía, en el que se concluyó que era apto para trabajar y que no tenía ninguna patología; que el cargo desempeñado era de operario GT línea Desenergizada, con un salario de \$1.031.625

Narró que, 04/01/2012 a las 11:30 am, con una cuadrilla de hombres de Deltec S.A., se encontraban en la vereda La Paz del municipio de la Palma, desarrollando las labores que consistía en cargar un poste de madera de aproximadamente 300 kilos sobre los hombros; que las accionadas no suministraron los equipos mecánicos o de tracción animal necesarios para el transporte del poste que causó el accidente, las demandadas no tomaron las medidas de protección requeridas; que durante el traslado del poste, 2 operarios se cayeron y un tercero operario, perdió la estabilidad al caer al piso; que por la caída de los operarios, el actor recibió y soportó todo el peso de la parte más gruesa y pesada del poste sobre su hombro izquierdo; que al momento del accidente no hubo atención médica, ni un vehículo de la compañía para trasladarlo a un centro asistencial; tampoco brigada de seguridad o primeros auxilios; que pese al dolor debió continuar con el transporte del poste de madera, más o menos 400 metros de recorrido; que el empleador incumplió con los deberes de protección y seguridad impuesto por la ley; sostuvo que el supervisor o cuadrillero de la empresa Deltec S.A., no contaba con capacitación necesaria de protección y seguridad

industrial para actuar en este tipo de riesgos; que el accidente implicó una pérdida de la capacidad laboral del 53.30%; que una vez llegó a su casa su esposa lo llevó al Hospital San José de la Palma donde lo atendieron y diagnosticaron un trauma vertebral e incapacitaron por dos (2) días.

Manifestó que, el 11/01/2012, en atención a la mala condición de salud y a que continuó incapacitado, el señor Andrés Felipe Sastoque supervisor de Deltec elaboró el reporte de accidente de trabajo, que el 18/01/2012 fue autorizada la primera cita por la ARL, le ordenaron 10 días de incapacidad por trauma dorso lumbar- esguince y torcedura de la columna lumbar; terapia física y psicológica que para el momento 04/01/2012 del accidente de trabajo su esposa e hija dependían económicamente de él, que Deltec no le pago auxilio por incapacidad, por lo que no pudo seguir manteniendo a su familia, esposa quien lo abandono; que debido a los quebrantos de salud y la falta de recursos se desencadenaron alteraciones en salud mental, así como vivir bajo la ayuda de un familiar.

Indicó que, en razón al reporte del accidente la ARL Colmena le prestó atención médica ordenado diversas resonancias magnéticas y gammagrafías; que el 19/11/2013 la ARL calificó con diagnostico “lumbago no especificado”, pérdida de capacidad laboral del 0% fecha de estructuración 23 de noviembre de 2012 origen accidente de trabajo; inconforme con la decisión elevó los recursos de ley y la Junta Regional de Calificación con dictamen de 28 de febrero de 2014 calificó PC 0% fecha de estructuración 23 de noviembre de 2012 y origen accidente de trabajo; que la Junta Nacional de Calificación el 09/09/2014 confirmó el PCL por trauma columna lumbar lumbago agudo; que Deltec realizó el pago el auxilio por incapacidad hasta el 31/12/2014, que instauró acción de tutela en busca de la protección de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, trabajo, salud, mínimo vital; asunto que correspondió al Juzgado 56 Penal del Circuito que en sentencia del 1/10/2015 amparó los derechos fundamentales, fue calificado nuevamente por Colpensiones y la Junta Regional de Calificación de invalidez de Bogotá, con dictamen No. 3078409 del 10 de mayo de 2016, donde se estimó pérdida de la capacidad laboral en un 53.30%, como de origen común y fecha de estructuración del 22 de octubre de 2015; que mediante Resolución GNR 330636 del 08 de noviembre de 2016 Colpensiones reconoció pensión de invalidez, en cuantía equivalente al salario mínimo a partir del 19 de marzo de 2016².

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

² Al índice 01 pág. pdf 166 a 178.

La demanda fue admitida por auto del 28/09/2017, efectuada las notificaciones, Deltec S.A. contestó la demanda y se opuso a la totalidad de las pretensiones. Indicó que, no se da la solidaridad entre las empresas demandadas toda vez que Deltec S.A. presta un servicio especializado que realiza con sus propios medios, con autonomía técnica y administrativa, sin que Codensa S.A. intervenga en la contratación del personal y manejo de estos. Sobre el accidente de trabajo, manifestó que no existe evidencia de la ocurrencia de este, por lo que, indicó que de acuerdo con el dictamen de pérdida de capacidad laboral de la Junta Nacional y Regional de Calificación, el presunto accidente de trabajo no dejó secuela alguna y aunque su pérdida de capacidad laboral fue determinada en el 53.30% ésta fue considerada de origen común, por lo que, no se evidencia el nexo causal entre las enfermedades y el accidente que afirma haber padecido, aunado a no tener responsabilidad sobre el pago de incapacidades. Formuló como excepciones de mérito «cobro de lo no debido, buena fe y prescripción»³

Codensa S.A. E.S.P., se opuso a la prosperidad de las pretensiones; informó que, no existe responsabilidad solidaria con Deltec S.A. y por lo tanto que no es responsable de los salarios que le fueron dejados de pagar al señor Gabriel Useche Moreno pues no se configuran los elementos necesarios para la solidaridad de acuerdo con el artículo 34 del CST, función o actividad para la cual se contrató a Deltec S.A., no tiene relación con las actividades intrínsecamente propias de su objeto social. En relación a la culpa patronal, consideró no se cumplen los presupuestos establecidos por el artículo 216 del CST. Formuló como excepciones de mérito, entre otras: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de solidaridad, carencia del derecho, prescripción, falta de causa y cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de culpa patronal, catalogación de la enfermedad como de origen común. Llamó en garantía AXA Colpatria Seguros S.A.⁴

La llamada en garantía Axa Colpatria Seguros S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que la enfermedad que sufre el demandante es de origen común y la fecha de estructuración no coincide con la fecha del supuesto accidente de trabajo, asimismo, que no existe una solidaridad entre Codensa S.A. y Deltec S.A. al no existir similitud entre la actividad desarrollada por las sociedades. Sobre la obligación derivada de la póliza de cumplimiento, informó que, de conformidad con el clausulado del contrato, la culpa patronal no tiene cobertura por lo que debe ser exonerada de cualquier condena. Formuló como excepciones de mérito entre otras: *oadyuvancia de las excepciones propuestas por Codensa S.A y Deltec S.A contra la demanda, cobro de lo no debido: enfermedad de origen común, inexistencia de culpa*

³ Al índice 01 pág. pdf. 194 a 202.

⁴ Al índice 01 pág. pdf 261 a 279

patronal, ausencia de solidaridad laboral entre Deltec S.A y Codensa S.A para el pago de los conceptos reclamados por el demandante, falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con el pago de las incapacidades, las acciones correspondientes a los derechos regulados en la legislación laboral prescriben en el término de 3 años, ausencia de cobertura de la póliza de cumplimiento No. 8001036732, por cuanto la indemnización por culpa patronal no está cubierta. No resta indicar que se presentó como previa la excepción de prescripción, la que se tuvo por no demostrada, como previa para en lugar diferencia su estudio en la sentencia (auto30/07/2020) indice01 pdf 598-601.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del dieciséis (16) de septiembre de dos mil dos (2021), resolvió:

“PRIMERO: Declarar que en el accidente sufrido por parte del señor Gabriel Useche Moreno el 04 de noviembre de 2012 se configuró culpa patronal de la sociedad demandada Deltec S.A.

SEGUNDO: Declarar Parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por parte de Deltec S.A., respecto a la indemnización plena de perjuicios pretendida y Declarar probada la de inexistencia de la obligación propuesta por Codensa S.A. ESP y AXA Colpatria, conforme la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Condenar a Deltec S.A., a reconocer y pagar al señor Gabriel Useche Moreno identificado con C.C. (...), la suma de \$ 3.780.187 por concepto de incapacidades generales a su favor del 1 de enero de 2015 al 09 de julio de 2015, conforme la parte motiva del presente fallo.

CUARTO: Absolver a Deltec S.A., Condensa S.A ESP y AXA Colpatria de las demás pretensiones invocadas en su contra.

QUINTO: Costas en primera instancia a cargo de la demandada Deltec S.A. se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV”.

Para arribar a tal conclusión, el *a quo* en síntesis, indicó que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, para que prospere la indemnización de perjuicios de que trata el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo se debe probar la responsabilidad subjetiva del empleador, es decir, la ocurrencia del accidente, la producción del daño, la culpa del empleador y el nexo causal. En ese sentido, sobre la ocurrencia del accidente de trabajo, afirmó que fue suficientemente comprobado que el origen del accidente fue laboral tal y como lo determinaron de manera unísona de las entidades calificadoras; respecto al daño que, se advirtió la afectación de salud del demandante en consideración con el diagnostico pero que, en

todo caso, no fue calificada la pérdida de capacidad laboral. En lo que tiene que ver con la culpa del empleador, refirió que, se encuentran acreditadas las omisiones alegadas por el demandante, en tanto las capacitaciones que confesó la parte actora haber recibido fueron esporádicas y no superaban más de 15 minutos, que si bien las ejecuciones de obra contaban con brigadistas para el día de la ocurrencia del accidente la cuadrilla no contaba con ella, máxime, cuando es posible advertir que la labor desempeñada por el actor se encontraba revestida de peligro en consideración a lo agreste de las zonas de ejecución del contrato, tan es así que la zona no era transitable con facilidad, y el peso excesivo, por lo que, consideró que bajo ese panorama es claro que se logró acreditar la culpa del empleador en el accidente.

No obstante, antes de efectuar los cálculos correspondientes, se pronunció sobre la excepción que fue formulada por las demandadas como previa y que su estudio fue relevado hasta la sentencia, señaló que la calificación por parte de la Junta Nacional de Calificación Invalidez fue el 28 de agosto de 2012 por lo que, el demandante contaba hasta el 28 de agosto de 2015 para solicitar la indemnización plena de perjuicios, no obstante, que fue hasta el 08 de junio de 2017 que radicó la demanda y por tanto dichas condenas ya se encontraban prescritas. Aseguró que no es posible considerar la fecha del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, es decir, el 10 de mayo de 2016, toda vez que este se efectuó sobre enfermedades de origen común, patologías por la que ya se reconoció una pensión de invalidez por parte de Colpensiones.

Sobre los salarios dejados de percibir, adujo que no prospera ya que en los tiempos en que el demandante solicita su pago se encontraba incapacitado, por lo cual no le asistía derecho al pago de prestaciones correspondientes por las incapacidades generadas.

Informó que, en el presente caso se tratan de incapacidades superiores a los 540 días y es la EPS quien debe asumir el pago de las incapacidades, no obstante, es el empleador quien debe efectuar el pago de las incapacidades generadas a favor de su empleado, con la posibilidad de repetir el pago contra la entidad prestadora de salud, de acuerdo con el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, por lo que condenó a la sociedad empleadora para que efectuó el pago de las incapacidades generadas a favor del actor, desde el 01 de enero 2015 hasta el 9 de julio de 2015 (sic) por el 50% del salario devengado que no puede ser menor al salario mínimo legal mensual vigente, sin que ninguna de ellas se encuentre cobijada por el fenómeno de la prescripción. (Índice 11 Min. 5:13)

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación, manifestando, en síntesis, que el punto de partida para determinar si operó la prescripción, es partir de la terminación del vínculo laboral, esto es, el 01 de enero de 2017, cuando se accedió a la pensión de invalidez; por tanto, los derechos reclamados no se encuentran afectados por la excepción de prescripción. Resaltó que, hasta el 10 de mayo del 2016, Colpensiones en acatamiento de una orden constitucional calificó y determinó el origen común de sus afectaciones, pero el señor Gabriel Useche teniendo en cuenta las calificaciones anteriores y bajo el principio de buena fe estuvo seguro que eran de origen laboral, con ocasión del accidente de trabajo del 4 de enero del 2012. Por lo que el término trienal a partir del momento de la ocurrencia de los hechos constituirá un grave perjuicio a la parte más débil de la relación laboral. Señaló que, como el vínculo laboral, finalizó el 01/01/2017 y la demanda se interpuso el 15 de julio del 2017, se interrumpió de esta manera el término prescriptivo, por lo que, solicitó acceder a todas y cada una de las pretensiones, que frente al pago de las incapacidades la empleadora nunca demostró su erogación, toda vez que de acuerdo con el informe de la Eps Famisanar, no se ha reintegrado el dinero al demandante, evidenciándose la falta de buena fe durante el trámite. Consideró como baja la condena por costas. (min 37:10).

Por su parte la apoderada judicial de Deltec S.A., interpuso recurso de apelación, manifestando que, en relación con las incapacidades, para la época en que ocurrieron los hechos el demandante estuvo incapacitado, por ser un tiempo superior en 180 días, los entes de seguridad social eran quienes pagaban directamente las incapacidades previa radicación, es cierto el demandante justificaba sus incapacidades o su ausencia al área de gestión humana. Resaltó que el actor recibió directamente sus pagos, que efectivamente Famisanar, certificó y está probado que había unas incapacidades que ya están saldadas, y aquellas que no, es directamente la EPS quien deba hacer el pago al señor Useche, que para DELTEC venir a hacer pago de estas incapacidades es muy difícil, en la medida en que ya ha corrido un término prescriptivo, tanto para el señor Useche como la empresa, resalta que DELTEC como empleador hizo el pago oportuno de los aportes al sistema de seguridad social, lo que hace que el empleador se subrogue al sistema de seguridad social en el pago de las prestaciones económicas. (min 41:45).

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que invaliden lo actuado, corresponde a esta Colegiatura, en virtud de los recursos formulados por la accionante y la accionada Deltec S.A., determinar desde cuándo

empieza el término prescriptivo para reclamar la indemnización por culpa patronal prevista en el artículo 216 del CST, y sobre la obligación de pagar las incapacidades laborales causadas a favor de del trabajador, definido lo cuál y de estar ésta en cabeza de la encartada, sobre qué periodos operó la prescripción.

IV. CONSIDERACIONES

No es materia de controversia que el señor Gabriel Useche Moreno desempeñó el cargo de Operario GT Línea Desenergizada, desde el 19 de noviembre de 2010 al servicio de Deltec S.A., que sufrió un accidente de trabajo, el 04 de enero de 2012, teniendo una pérdida de la capacidad laboral del 0%, de origen laboral, conforme lo indica los dictámenes de PCL emitidos por la Junta Regional y Nacional de Calificación de invalidez (al índice 01 pág.135 a 137, 140 a 141).

Conforme lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia.

Ahora bien, valga advertir que, declarada por el a quo, la culpa de DELTEC S.A, y que no fue objeto de reproche por parte de la accionada en el recurso de apelación, da cabida a la eventual indemnización plena y ordinaria de perjuicios a cargo del empleador, empero para ello esta Corporación debe establecer desde que momento se debe contabilizar el término prescriptivo, para la exigibilidad del derecho reclamado. Sobre el tópico resulta procedente memorar, que la prescripción de las acciones derivadas de los derechos consagrados en las normas del trabajo, por regla general, prescriben en 3 años a partir de la fecha de exigibilidad del derecho, es decir, desde el preciso momento en que el trabajador tiene el poder jurídico de hacerlo valer ante el empleador o la entidad de seguridad social.

En efecto, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, preceptúa:

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

En similar termino, el artículo 488 del CST, señala que: *Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de*

prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

En la misma línea debe precisarse, que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia CSJ SL1713-2023 explicó que frente a la prescripción de la acción de reparación plena de perjuicios del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, derivada de la culpa patronal, *“se debe contabilizar el plazo extintivo desde que el trabajador sea calificado por un organismo científico y técnico que determine la pérdida de capacidad laboral, su grado, estructuración y origen, pues, es a partir de dicho momento en que este puede dimensionar la magnitud del daño demandable y sus consecuencias anatómicas y fisiológicas. Es decir, que la posibilidad del reclamante de obtener una indemnización plena de perjuicios, solo es factible cuando se conocen a ciencia cierta o con un grado relevante de certeza, las consecuencias del daño en su salud e integridad corporal y mental.”*, lo anterior es diferente a la contabilización que se sustenta en el recurso, que procura sea desde la finalización del vínculo laboral.

Teniendo en cuenta el anterior precedente jurisprudencial, el término de prescripción debe contabilizarse desde el momento en que se realizó el tercer dictamen de pérdida de capacidad laboral del actor respecto del accidente de trabajo acaecido el 4 de enero de 2012, en atención a que la génesis de la culpa se funda en la existencia de una enfermedad o accidente laboral conforme lo establece el precedente en cita y el artículo 216 del CST.

Establecido tal momento, la Corporación observa que el actor fue calificado con diagnóstico “dolor en la columna dorsal”, accidente de trabajo sin secuelas pérdida de la capacidad Laboral del 0%, origen profesional la Junta regional de Calificación de invalidez el día 18 de mayo de 2012 (pág.135 a 136 pdf), y ratificada luego por la Junta Nacional de Calificación de invalidez el día 28 de agosto de 2012 (pág. 140 a 146 pdf), lo que conlleva a concluir que la parte actora contaba hasta el día 28 de agosto de 2015 para iniciar la respectiva acción judicial, empero se observa que la misma se radicó el día 8 de junio de 2017 según se desprende del acta individual de reparto (pág.180 pdf), es decir, 4 años y 9 meses a posterior, terminó superior a los 3 años consagrados en la norma adjetiva laboral, y lleva a que en este caso operen los efectos de la prescripción frente a las pretensiones derivadas del artículo 216 del CST.

Se resalta, que en el presente asunto tampoco es posible tener en cuenta el dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez el 10 de mayo de 2016 (pág. 148 a 151), a efectos de contabilizar la prescripción respecto de la acción por culpa patronal, ello en atención a que este

estudio se funda en enfermedad de origen común, diferente a un origen por causa o con ocasión del trabajo, pues ellas refieren artrosis degenerativa de columna, hipertensión arterial y trastorno depresivo recurrente, aspecto que no aparece reprochado en la demanda al punto que este dictamen es el presupuesto para el reconocimiento de la pensión de invalidez otorgado por Colpensiones. Razones que no permiten modificar en tal acápito la sentencia recurrida.

Por otra parte, sobre las incapacidades alegadas como causadas a favor del actor y la obligación de su pago; la recurrente Deltec S.A., manifiesta que, como empleador hizo el pago oportuno de los aportes a la seguridad social, lo que hace que se subrogue la obligación del pago de tal prestación económica, al Sistema de la Seguridad Social, esto es, a la EPS.

Se tiene que el subsidio por incapacidad laboral en razón de una enfermedad no profesional, contenido en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, constituye una prestación propia del sistema de seguridad social que busca amparar las contingencias surgidas con ocasión de perturbaciones en la salud de los trabajadores dependientes o independientes; donde el subsidio por incapacidad atenúa la pérdida del ingreso del trabajador durante el lapso en el cual se encuentra al margen de sus labores, constituyendo una garantía necesaria para que su recuperación sea posible (CSJ STL16504-2016).

Teniendo en cuenta el desarrollo normativo surgido con posterioridad al artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el responsable del reconocimiento y pago de la referida incapacidad dependerá de la duración de esta, en relación desde aquellas enunciadas por la a quo del año 2015 y siguientes, así:

- Si la incapacidad es menor o igual a 2 días, será asumido por el empleador (artículo 1° del Decreto 2943 de 2013)
- Si la incapacidad es mayor a 3 días y hasta el día 180, debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador siempre y cuando sea prórroga de otra, advirtiendo, las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre una y otra no existe un lapso mayor a 30 días y corresponden a la misma enfermedad.
- A partir del día 181 de incapacidad ininterrumpida y durante 360 días más, es decir hasta el día 540, estarán a cargo del fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador, si existe concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, periodo durante el cual se deberá tramitar la calificación de invalidez, sin que el concepto desfavorable de rehabilitación emitido por la EPS implique la suspensión de

los pagos, pues este se suspende únicamente por la reincorporación a la vida laboral o por la calificación de invalidez (Artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012. Mod. Art. 41 Ley 100 de 1993). En este punto, la EPS debe examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación, el cual debe ser enviado a la administradora de fondo de pensiones antes del día 150 de incapacidad, según lo prevé el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, de no cumplirse con dicha carga, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181 y subsistirá la obligación a su cargo hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.

Con relación a las incapacidades causadas después del día 540, conforme la Ley 1373 de 2015 (Art. 67), la respectiva EPS deberá asumir la obligación de pago.

En el caso, podría concluirse que al estar frente a incapacidades que iniciaron desde el 5 de enero de 2012 (5/01/2012) y al 1/01/2015, ya posteriores al día 540, su reconocimiento corresponde a la EPS a la cual se encontraba afiliado el demandante y aunque pueda considerarse que corresponde al empleador efectuar el trámite para el pago de las incapacidades generadas a favor de su empleado (art.121 Decreto 019 de 2012). Se observa que la demanda solicitó el pago de salarios, así:

En caso de que el despacho decida que CODENSA S.A. demuestre que no tuvo incidencia en los hechos y consecuencias de la presente demanda, solicito DECLARAR que las lesiones sufridas por el demandante señor Gabriel Useche Moreno el 04 de enero de 2012, fueron consecuencia de un accidente de trabajo, el cual tuvo ocurrencia por culpa atribuible exclusivamente de la compañía demandada **DELTEC S.A.**

Como consecuencia de la anterior declaración **CONDENAR A DELTEC S.A.** a reconocer y pagar al demandante señor Gabriel Useche Moreno:

1. La **INDEMNIZACIÓN PLENA Y ORDINARIA DE PERJUICIOS** prevista en el ART. 216 DEL C.S. DEL T. discriminada así:
 - **LUCRO CESANTE CONSOLIDADO** - Dictamen de la Perito Avaluador de Daños y Perjuicios Adriana Arango Castiblanco, Art. 226, 227 y 228 del C.G.P..... **\$48'316.626.41**
 - **LUCRO CESANTE FUTURO** - Dictamen de la Perito Avaluador de Daños y Perjuicios Adriana Arango Castiblanco, Art. 226, 227 y 228 del C.G.P..... **\$148'126.033.06**
 - **PERJUICIOS MORALES** - En cuanto a los perjuicios morales, teniendo en cuenta que el accidente sufrido por el señor Useche Moreno, originó una **pérdida de capacidad laboral consolidada del 53.30%**, lo cual le produjo una gran aflicción debido al compromiso grave de sus facultades de locomoción al quedar limitado y por tanto no poder llevar una vida normal, lo que también le causó inmensa pena y angustia, así como las alteraciones sufridas en la vida de relación social, el no poder tener relaciones sexuales por el abandono de su esposa y las limitaciones para compartir con su menor hija, daño que afectó la aptitud y disposición a disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales. El valor se estima en..... **\$50'000.000.**
2. El valor de los **439 días de salarios dejados de cancelar** para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2015 fecha en la que la empresa DELTEC S.A. dejó de cancelar tal emolumento, hasta el 19 de marzo de 2016 fecha en que Colpensiones reconoció la pensión por invalidez al señor Useche Moreno (salario mensual \$1'031.6257/30 días Vr día \$34388)..... **\$15.096.113**
3. Las **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO** causadas con ocasión de este proceso.
4. Sobre los demás derechos que resulten probados conforme a las facultades **ULTRA Y EXTRA PETITA** del señor Juez.

Luego si se condenó al pago de las incapacidades comprendidas entre el 1 de enero de 2015 al 09 de julio de 2015, lo anterior podría explicarse por las facultades ultra y

extra petita del a quo. Al respecto, en sentencia CSJ SL911-2016 citada en sentencia SL440-2021 se explicó que el juzgador de segunda instancia no tiene competencia para resolver otros asuntos ajenos a la relación jurídico procesal y lo trazado por el demandante al momento de presentar su libelo introductor, expresó en la primera sentencia:

“Esta sala de la Corte, desde antaño ha señalado que es base esencial del debido proceso laboral, que las sentencias se enmarquen dentro de las pretensiones impetradas por la parte actora y, además, que tales resoluciones se acoplen a la causa petendi invocada por el promotor del proceso. Si es el fallador de segundo grado quien desborda ese estricto límite y resuelve ex novo sobre pretensiones que no fueron debatidas en las instancias, incurre en un quebranto del principio de congruencia consagrado en el art. 305 del estatuto procesal Civil.”

En consecuencia, lo que plantea la impugnante no es acorde a lo dispuesto por el legislador en materia procesal, pues las facultades ultra y extra *petita* que implica el recurso, están reservadas a los juzgadores de única y primera instancia, no siendo dable dar aplicación, pues de fondo el pago como incapacidades contra el demandado, no fue planteado en las pretensiones de la demanda y los hechos mencionan que se tramitó previamente acción de tutela, pero en la que sentencia que se anexa del Juzgado 56 Penal del Circuito, la orden allí proferida implicó a la AFP Colpensiones, razón por la cual respecto a este tópico no se podrá incrementar las condenas recurridas, para que la segunda instancia pueda equipar los salarios a las incapacidades objeto del recurso, los hechos de la demanda, junto con los documentos allegados, tampoco permiten así inferirlo, en tanto, como se anexa en la sentencia del 1/10/2015 del Juzgado 56 Penal del Circuito de Bogotá, en la acción de tutela allegada en la demanda, que accedió en forma provisional, se definió que por el año 2015 y subsiguientes, su pago correspondiera entre la respectiva EPS y Colpensiones, como se observa (Ind. 01 pág. 36 pdf y sig.):

QUINTO: ORDENAR al representante legal de COLPENSIONES EPS, o a quien estatutariamente haga sus veces, **QUE EN EL TÉRMINO DE LAS CUARENTA Y OCHO (48) HORAS SIGUIENTES A LA NOTIFICACIÓN DEL PRESENTE FALLO,** adelante los trámites ante la EPS FAMISANAR para establecer el número de incapacidades que han debido reconocerse al señor USECHE MORENO durante el año 2015, y en igual término deberá cancelarle al accionante el valor de tales incapacidades, en aras de, evitar vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y salud del demandante y su núcleo familiar.

Es óbice advertir que una vez analizados los presupuestos fácticos y jurídicos, debe COLPENSIONES costear las incapacidades laborales que en lo sucesivo se causen, hasta tanto se determine la situación de invalidez – calificación - o de rehabilitación favorable del accionante.

Ha de observarse que el recurso de la demandada sobre tal tópico, esto es la condena por incapacidades desde el 01 de enero de 2015, difiere bajo el argumento que estas ya fueron canceladas al trabajador, que su representada efectuó los pagos al SGSS,

para ser subrogada de tal riesgo. Sin que la demanda explique las acciones de cumplimiento efectuadas sobre la anterior acción de tutela, tampoco resultaba posible las facultades ultra y extra petita (art. 50 CPTSS) en primera instancia, si en tal acción de tutela referida en los hechos de la demanda y por la cual se explica que el actor fue calificado nuevamente, donde pasó a un PCL del 53.3%, estructurada el 10 de mayo de 2016, en su ordinal octavo se desvinculó a Deltec S.A. al considerar, entre otros el estado de afiliación activo del demandante al SGSS (Ind. 01. Pág. 69 pdf):

6.7.- OTRAS DETERMINACIONES. En lo referente a los derechos fundamentales del trabajo y estabilidad laboral reforzada invocados por la parte accionante, considera ésta agencia judicial que no procede su protección, a razón, que el vínculo laboral del accionante con la entidad empleadora DELTEC S.A. no ha cesado, por tanto, sus condiciones laborales no han sido modificadas o extinguidas, además de ello, como lo informó la EPS FAMISANAR el estado de afiliación del accionante al Sistema General de Seguridad Social se mantiene activo, lo que significa, que la empresa DELTEC S.A. cumple con su carga prestacional de seguir pagando los aportes sociales que derivan de la relación laboral que sostiene con el señor USECHE MORENO.

Esto es que la correspondencia del alegado pago de la demandada al SGSS y que por estas mismas razones de acuerdo a la acción de tutela enunciada en los hechos de la demanda, tal sociedad recurrente fue desvinculada, entre otros del pago de incapacidades, lo que no permitía un ajuste entre la condena y los hechos de la demanda en primera instancia, con lo cual es procedente revocar el ordinal Tercero, respecto de la condena a Deltec S.A. por incapacidades.

Respecto de la condena en costas, estas corresponden a la parte vencida en el proceso (Art. 365.1 CGP – por remisión del art. 145 CPTSS), de lo cual Deltec S.A. no obtuvo sentido totalmente favorable frente al marco de excepciones presentadas, esto implica que deberán asumir las costas y agencias en derecho, siendo diferente la oportunidad procesal para diferir sobre su cuantía. Por lo anteriormente expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primer grado, sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

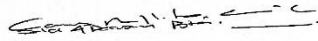
PRIMERO. REVOCAR el numeral Tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, del dieciséis (16) de septiembre de

2021, en cuanto condenó a la sociedad Deltec S.A. al pago de incapacidades, se CONFIRMA en lo demás; conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO.



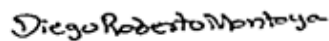
CARLOS ALBERTO CORTÉS CORREDOR

Magistrado



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alberto Cortes Corredor

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: e49e49b067dcc7d7512f6967844baa036d8e67d9a6053120c92ba1a3fd425a8d

Documento generado en 29/09/2023 04:54:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>