

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 34-2017-143-02
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: NÉSTOR RAÚL DÍAZ CÉSPEDES
DEMANDADO: CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN Y OTRO

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por el PAR CAPRECOM, revisa la Corporación el fallo de fecha 27 de marzo de 2019 proferido por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las del PAR CAPRECOM.

ANTECEDENTES

El señor NÉSTOR RAÚL DÍAZ por intermedio de apoderado judicial, solicita que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo con la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM EICE a término indefinido, por lo que ostenta la calidad de trabajador oficial; se declare que

por ello es beneficiario del a convención colectiva de trabajo celebrada entre Caprecom y Sintracaprecom 1997-1998, que se declare que su vinculación terminó de manera unilateral y sin justa causa y durante la vigencia de este no se le reconocieron las prestaciones de orden legal y convencional a que tenía derecho como cesantías, interés sobre cesantías, sanción por no pago de interés a la cesantía, vacaciones, prima semestral, de junio, de navidad, de servicios, prima de vacaciones, auxilio convencional de transporte, pago de prima convencional de retiro, aportes educativos y se declare Caprecom EICE, no cumplió con sus obligaciones de realizar aportes al sistema de seguridad social; como consecuencia de tales declaraciones solicita se ordene a Caprecom EICE en liquidación y a la Fiduciaria la Previsora a pagar a los emolumentos señalados junto con auxilio de transporte, devolución de aportes por él pagados al régimen de seguridad social y los dineros destinados para el pago de pólizas, indemnización moratoria por no consignación a la cesantía, indemnización moratoria por no pago de derechos laborales, indemnización por despido injusto, sumas que solicita sean pagadas junto con indexación. (fls. 48 a 50).

Fundamentó sus pretensiones afirmando que Caprecom EIC, para cumplir con su objeto social lo vinculó a través de órdenes de prestación de servicios, como por intermedio de la Organización Serdan desde el 2 de agosto de 2010 y hasta el 11 de octubre del mismo año, posteriormente a través de la Cooperativa Estratégicos entre el 12 de octubre de 2010 al 31 de marzo de 2011, desde el 1 de abril de 2011 y hasta el 31 de abril de 2012, lo vincularon por intermedio de la Cooperativa Coopservicios CTA, el 2 de mayo de 2012, a través de contrato de prestación de servicios suscrito directamente con Caprecom EICE, el que terminó el 30 de junio de 2012 y a través de orden de prestación de servicios a partir del 1 de julio de 2012 al 31 de agosto de 2012.

Señala que siempre prestó sus servicios personales en las instalaciones de Caprecom EICE, sin que esta vinculación sufriera solución de continuidad, pues a pesar de la suscripción de contratos y órdenes de prestación de servicios, siempre estuvo subordinado a la entidad en mención, ya que cumplía horario, laboraba con las herramientas proporcionadas por esa entidad, manejaba los programas internos de esta, para lo cual contaba con clave y usuario, siendo sus jefes inmediatos, personal de planta de

Caprecom, señala que a los trabajadores oficiales de dicha entidad, se les reconocía la totalidad de prestaciones legales y extralegales estipuladas en la convención colectiva de trabajo suscrita con la organización sindical de carácter mayoritario Sintracaprecom, que nunca le fueron reconocidas ni pagadas vacaciones, primas, cesantías ni ningún derecho de orden convencional, por lo que el 15 de noviembre de 2016, agotó reclamación administrativa ante Caprecom EICE en liquidación y Fiduciaria la Previsora S.A. (fls. 50 a 52).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la entidad FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., contestó de manera extemporánea, por lo que se tuvo por no contestada la demanda por su parte, en providencia del 30 de abril de 2018. (fl.87)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió declarar que entre el demandante y Caprecom EICE, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 12 de agosto de 2010 al 31 de marzo de 2013, el cual había finalizado sin justa causa, condenó a FIDUPREVISORA S.A., como vocera del PAR CAPRECOM LIQUIDADADO a pagar al demandante las sumas que describió, por concepto de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, primas convencional de junio, de navidad, transporte y retiro, bonificación de recreación convencional, devolución de pago de aportes, indemnización moratoria prevista en el Decreto 797 de 1949 desde el 1 de julio de 2013 y hasta cuando se haga efectivo el pago de las condenas, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa, ordenándole indexar las sumas diferentes a salarios y prestaciones sociales, negó las demás pretensiones y condenó en costas a Fiduprevisora S.A. (fl. 126)

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez:

- **Respecto al contrato de trabajo**

Como quiera que el actor a la luz de la evidencia documental aportada fue vinculado en un primer momento a la extinta Caprecom EICE, a través de Empresas de Servicios Temporales (EST) y Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA), tal y como consta de las certificaciones que obran de folios 33, 43 y 44 del plenario, y en un segundo momento a través de contratos de prestación de servicios, tal y como se observa de la certificación vista a folio 17 del plenario, se analizará el problema jurídico desde tres escenarios normativos:

1. A la luz del Decreto 4369 del 2006, norma que regula lo pertinente en las EST.
2. El Decreto 4588 del 2006, que reglamenta el funcionamiento de las CTA.
3. Y el art 1 de la Ley 6 de 1945, que regula lo atinente al contrato de trabajo para quien pretenda ser reconocido como trabajador oficial de una entidad pública.

Primero, respecto del Decreto 4369 del 2006, debe indicarse que la regulación de las EST ha tenido su génesis inicial en la Ley 50 de 1990, en sus arts. 71 a 94, reglamentado a su vez por el Decreto 24 de 1998. Sin embargo, para la calenda de los hechos que se discuten en el presente trámite procesal, se encontraba en vigencia el Decreto 4369 del 2006, correspondiente a la norma que reglamentó la Ley 50 de 1990. Es así como se ha definido en todos aquellos preceptos, que las EST son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales contratadas directamente por la EST, la cual tiene con respecto de estas el carácter de empleador. Se tiene entonces que el elemento de la temporalidad es el que destaca la labor de dichas empresas frente a la entidad usuaria o tercera, concepto que se decanta en las condiciones descritas en el art 6 de la obra referida y son las circunstancias que permiten la contratación de personal, a través de EST, según la norma, los siguientes: Los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

Y es que se entiende en el precepto normativo que, si la causa originaria del servicio subsiste, tiene este último en la organización empresarial vocación de permanencia, pues es tal su importancia que se requiere de manera continua para el desarrollo del objeto social de la entidad siendo así un eslabón necesario en la cadena productiva. Igualmente, y sobre el particular, ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que tras pasar ese límite temporal que señala la norma o vincular personal sin responder a los eventos en los cuales se permite dicha contratación, provoca inexorablemente la imputación de la calidad de verdadero empleador a la empresa usuaria del servicio, así lo ha señalado esa Corporación en la Sentencia del 22 de febrero del 2006, con Rad 25717, reiterada posteriormente en la Sentencia SL 6844 del 2007, dentro del expediente con Rad 44668 y recientemente en la Sentencia SL 1228 del 2018. Pues bien, dentro del acervo documental no existe ninguna evidencia que dé cuenta que la vinculación del demandante en el período comprendido entre el 12 de agosto del 2010 al 11 de octubre de la misma anualidad fuere cimentado en alguna de las causales comprendidas en el art 6 del Decreto 4369 del 2006, ya que el cargo de analista financiero IPS y EPS no fungió en la entidad como accidental, ocasional o transitorio, pues el demandante lo ejerció por lo menos hasta el 25 de mayo del 2012, como más adelante se indicará.

Tampoco se encuentra acreditado que tuviera como fin reemplazar a personal en vacaciones o en licencia o en incapacidad por enfermedad, mucho menos se advierte del acervo probatorio que se hubiera generado un incremento en la producción de la entidad. Así las cosas, no existe razón suficiente para aprobar la contratación del demandante a través de EST, durante el período comprendido entre el 12 de agosto del 2010 al 11 de octubre de la misma anualidad, pues resulta evidente la violación de los presupuestos legales para su procedencia, significa en consecuencia lo anterior que Caprecom EICE fungió como verdadero empleador del demandante en el período antes aludido.

- De la aplicación del Decreto 4588 del 2006, y la desnaturalización del acuerdo asociativo

Menciona el Despacho, en primer lugar, aquellas circunstancias por medio de las cuales se entiende desnaturalizado el acuerdo de trabajo asociado celebrado por los presuntos trabajadores asociados y las Cooperativas de Trabajo, según la legislación que regula el funcionamiento de estas últimas. Al respecto, el Despacho se remite a lo establecido en el art 17 del Decreto 4588 del 2006.

Indica entonces la norma, una serie de acciones prohibidas en el ejercicio del trabajo cooperado, actividades además que desembocan inexorablemente en la mutación del

acuerdo asociativo como más adelante se explicará. Para el caso concreto, considera el Despacho que la CTA Funcionar O.C. y la CTA Coopservicios permitieron que, entre el demandante, Néstor Raúl Díaz Céspedes y el tercero contratante Caprecom EICE, se generara una relación de subordinación y dependencia y además dispusieron del trabajo asociado para suministrar mano de obra temporal, así se colige de la prueba testimonial practicada y de las certificaciones que otorgan certeza respecto del cargo desempeñado por el actor, función que se reitera era permanente la entidad demandada.

Al respecto, la testigo María Yaneth Forero Vásquez señaló en su declaración lo siguiente “Ella empezó a trabajar en enero del 2010, cree que el demandante comenzó después del segundo semestre del 2010, que los dos desempeñaban las mismas funciones atinentes a la liquidación de contratos bilaterales de personas naturales y jurídicas en el área de Subdirección Jurídica de Caprecom; que al demandante le asignaron un puesto de trabajo en Caprecom con escritorio, computador, cosedora, perforadora, papelería; que cumplía el horario de 8 de la mañana a 4 y 45 de la tarde; que al demandante le daba órdenes el Subdirector Jurídico pero que a parte había una coordinadora llamada Ruth Melba Castiblanco; no recuerda que al demandante le impusieran llamados de atención; que la coordinadora hacía llamados verbales; que los permisos se le pedían a Ruth Melba Castiblanco o al Subdirector Jurídico; que no recuerda la fecha en la que finalizó la relación de trabajo entre el actor y Caprecom y que a ellos les entregaban un carné; que había un registro dentro de la misma dependencia; que los elementos de trabajo los entregaba el almacén por inventario” La declaración de la testigo puede ser escuchada al minuto 14 a 25.16 del CD visible a folio 112.

A su turno, Santiago Caicedo Fernández señaló lo siguiente “Empezó a laborar el 14 de marzo del 2010, que cuando él llegó a Caprecom el demandante ya estaba vinculado; que el demandante manejaba el tema de liquidación de contratos de la entidad; que el demandante cumplía sus funciones en la sede de la entidad que quedaba en el piso 4 de la Calle 64; que trabajaban en la misma sede; que compartían espacio físico; que se encontraban a 2 o 3 puestos de trabajo; que le suministraron equipo de cómputo y equipos de ofimática; que cumplía horario de 8 a 5 de la tarde; que nunca tuvo conocimiento de un llamado de atención al demandante; que él sabe que el demandante finalizó su contrato en el 2012 o 2013, porque él continuó en la entidad hasta que decretaron la liquidación; que no sabe porque finalizó el contrato del actor” Esa declaración es audible a minuto 26:21 a 21:46 del CD visto a folio 112.

Por último, y al respecto la señora Ruth Melba Castiblanco Rodríguez, quien fungió como jefe del demandante en las instalaciones de Caprecom indicó “Que conoce al demandante porque este ingresó a trabajar en la Subdirección IPS y que ella trabajaba para la Subdirección Jurídica en la división de contratos; que posteriormente al demandante lo trasladaron al área donde ella trabajaba y era la líder de la revisión de las liquidaciones de los contratos de prestación de servicios; que ella fue la inmediata superior del demandante por un tiempo; que entraba a las 8 de la mañana y no tenía horario de salida; que tenían un salario y que tenían turnos de descanso en navidad; que el demandante tenía que hacer liquidaciones y revisar las liquidaciones de otros compañeros; que tenían una meta de 50 liquidaciones mensuales; que debían asistir a reuniones, rendir informes; que tenía cosedora, perforadora y computador que se los entregó el departamento de almacén e inventarios” Esta declaración de la testigo puede ser escuchada a minuto 33:08 a minuto 40:05 del CD prealudido.

De las declaraciones reseñadas, no cabe duda para el Despacho el grado de subordinación ejercido por Caprecom sobre el demandante, en el período en el cual este último prestó sus buenos oficios a través de las CTA Funcionar O.C. y Coopservicios, pues los testigos dan de las funciones desempeñadas por el actor en las instalaciones de la entidad, mismas que fueron permanentes como se extrae del dicho de los declarantes y aunado a ello, es una ex integrante de la organización quien fungió como jefe directa del trabajador y quien relata de forma precisa y clara cuales eran las obligaciones laborales del demandante para la entidad Caprecom. Se concluye entonces que la demandante ejerció subordinación jurídica sobre la labor prestada por el actor.

- De la imputación del art 16 del Decreto 4588 del 2006

El art 16 del precitado decreto, contempla una imputación que liga al beneficiario del servicio directamente con el trabajador asociado, cuando este último consiga demostrar la desnaturalización del acuerdo cooperativo como para el caso se logró. Al respecto,

señala el art citado que el asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el art 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo. Conforme la regla de derecho que plantea la norma, debe configurarse el presupuesto legal para que se active la imputación de dependencia laboral que contempla la ley, en este asunto ya quedó advertido que las CTA Funcionar O.C. y Coopservicios permitieron que entre el tercero contratante y el demandante se generara una relación subordinada, así entonces es del caso señalar que el señor Néstor Raúl Díaz Céspedes fue trabajador dependiente de Caprecom EICE el 12 de octubre del 2010 al 25 de mayo del 2012.

- Del contrato de trabajo ejecutado entre el 28 de mayo del 2012 al 31 de marzo del 2013

Advierte el Despacho, igualmente, que es el art 1 de la Ley 6 de 1945, de donde se extraerán los presupuestos jurídicos necesarios para determinar si en el período anteriormente citado existió una relación laboral entre el demandante y Caprecom EICE, norma que no se erige diferencial de los presupuestos exigidos en el CST y que funge como apartado legal de quien pretenda le sea reconocida la calidad de trabajador oficial. Señala al respecto la norma en comentario, que hay contrato de trabajo ante quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración y quien recibe tal servicio.

- De la actividad personal

Previamente a desplegar el análisis sobre la actividad personal del trabajador a órdenes de la extinta Caprecom EICE, recuerda el Despacho que, al tener por no contestada la demanda, tal y como se advirtió en Auto del 30 de abril del 2018, resulta procedente aplicar las consecuencias procesales pertinentes, esta es, calificar dicha conducta como un indicio grave en contra del demandado al tenor de lo dispuesto en el parágrafo segundo del art 31 del CPT. Así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral en la Sentencia SL 468 del 2019.

Atendiendo entonces a los derroteros jurisprudenciales del órgano de cierre, la especialidad y a la prueba vertida en el proceso, fluye innegable que el actor prestó sus servicios personales a la extinta Caprecom EICE, evidencia de ella es la verificación visible a folio 17, donde la entidad señaló que el demandante prestó sus servicios profesionales con el fin de apoyar los procesos de liquidación de contratos que se manejan desde el nivel central, esto es, del 28 de mayo del 2012 al 30 de junio del 2012, del 30 de julio del 2012 al 31 de agosto del 2012, y del 5 de septiembre del 2012 al 31 de marzo del 2013. Así entonces se indica que, no existe duda frente a la prestación personal de servicio por parte del demandante Néstor Raúl Díaz Céspedes.

- Subordinación o dependencia

Teniendo en cuenta las posturas de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional, se dará pleno valor a la presunción de subordinación que establece el art 24 del CST, tal y como se observó en el análisis realizado respecto a la actividad personal, el demandante prestó personalmente sus servicios profesionales a la entidad demandada y, esta última, no logró demostrar que el actor realizara sus servicios de manera autónoma e independiente y si la sumisión jurídica que se reputa como elemento constitutivo de contrato de trabajo.

Basta anotar que del material probatorio que fue aportado y practicado en el proceso, no logra derruirse la presunción de subordinación jurídica ni siquiera los contratos de prestación de servicios como a los que se alude en la certificación vista a folio 17, puede dirigirse como una prueba para desplazar la realidad que impera sobre las meras formas así el demandante manifieste de su puño y letra que su relación contractual es de una naturaleza distinta a la laboral. Es que precisamente concierne a la justicia laboral observar aquellas circunstancias en la prestación de servicios de carácter personal que son indicativas de la verdadera presencia de una subordinación jurídica, independientemente de las manifestaciones de las partes, pues la primacía de la realidad como precepto de orden constitucional se impone como un eje transversal en las relaciones de trabajo y de la seguridad social, inclusive con el fin de garantizar la justicia social dentro de un vínculo que es por naturaleza desigual, así lo asiente la Sala de Casación Laboral en la Sentencia SL 16528 del 2016.

De conformidad con lo expuesto, ha de entenderse que el demandante estaba sometido a subordinación jurídica por parte de Caprecom EICE.

- De la remuneración

De la prueba visible a folios 33, 44 y 17 del plenario se tiene que el demandante percibió los siguientes salarios:

Del 12 de agosto del 2010 al 31 de marzo del 2011, la suma de \$1.500.000.

Del 1 de abril del 2011 al 25 de mayo del 2012, la suma de \$1.569.199.

Del 28 de mayo del 2012 al 31 de marzo del 2013, la suma de \$3.248.512.

Conclusión frente a la vinculación a través de EST, CTA y contratos de prestación de servicios.

De todo el derrotero fáctico analizado, correspondiente a las contrataciones del demandante a través de diferentes figuras jurídicas que tuvieron como único propósito el desnaturalizar una verdadera relación laboral, concluye esta sede judicial que entre el demandante Néstor Raúl Díaz Céspedes y la extinta demandada Caprecom, existió un contrato de trabajo entre el 12 de agosto del 2010 al 31 de marzo del 2013, a término indefinido y sin solución de continuidad, aclarándose además que conforme al art 12 de la Ley 314 de 1996, en concordancia con el inciso 3 art 5 del Decreto 3135 de 1968, el demandante tendrá la calidad de trabajador oficial de la EICE, por cuanto su cargo no fue de dirección o confianza y así se declarará en la parte resolutive de la sentencia.

¿Es el actor beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Caprecom EICE y Sintracaprecom?

Sea lo primero advertir que la convención colectiva de trabajo, como acuerdo de voluntades entre empleador y grupo de trabajadores representados por un cuerpo sindical, es fuente de derecho, y como tal debe responder su intelección a los mismos criterios que gobiernan la hermenéutica jurídica, pues el carácter normativo de aquella obliga al operador de justicia a realizar un análisis coherente frente a sus propósitos, a sus motivos y a su contenido para encontrar el verdadero querer de las partes que, haciendo uso de dicha herramienta sustantiva para promover su bienestar laboral acuden a la unión sindical.

Así lo ha entendido la Sala de Casación Laboral en la Sentencia SL 1899 del 2018. Dicho lo anterior, para el Despacho resulta diáfano de la convención colectiva de trabajo visible a folios 118 a 124 que, el demandante al ostentar la calidad de trabajador oficial como quedó consignado en párrafos precedentes, es beneficiario del mismo acuerdo, pues son varios los artículos del acuerdo que permiten observar que todos los trabajadores oficiales de la entidad afiliados y no afiliados serían beneficiarios. Por ejemplo, se indica en la presentación del acuerdo que la convención colectiva 9798 suscrita entre Caprecom, empresa industrial y comercial del Estado, y Sintracaprecom reafirman el interés de las partes por el favorecimiento dentro de la ley del bienestar de sus trabajadores oficiales, el ánimo conciliatorio y decidida voluntad de la empresa y Sintracaprecom, fueron puntos de partida para la firma de la presente convención que en las normas que a continuación se consignan, rigen las relaciones laborales individuales y colectivas entre Caprecom EPS y sus trabajadores oficiales.

Seguidamente señala el art 17 de la convención que, la entidad descontará del salario y girará a Sintracaprecom las cuotas sindicales según los procedimientos establecidos en la ley, los descuentos incluyen a quienes no siendo afiliados al sindicato se beneficien de la convención colectiva de trabajo. Nótese entonces que, la convención colectiva no es excluyente, pues nunca diferencia entre afiliados y no afiliados para efectos de los beneficios convencionales, inclusive obliga al empleador a descontar la respectiva cuota sindical de quienes sin ser afiliados se beneficien de la convención.

Aunado a lo anterior, del art 20 de la convención resulta claro que Sintracaprecom agrupaba a más de la tercera parte de los trabajadores de la entidad, y conforme a ello, y a lo señalado en el numeral 1 del art 471 del CST cuando en la convención colectiva se aparte un sindicato cuyos afiliados se excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados.

Abordado lo resuelto en el problema jurídico planteado al inicio de las consideraciones de la sentencia, prosigue el Despacho a verificar las acreencias debidas al actor conforme a las condenas deprecadas en el escrito de demanda.

- De las cesantías

Por disposición del art 27 del Decreto 3118 de 1968, el art 6 del Decreto 1160 de 1947, el art 13 de la Ley 344 de 1996, y el literal a) del art 17 de la Ley 6 de 1945, se atribuye un mes de salario completo por año laborado o fracción del mismo y como quiera que de la liquidación visible a folio 24, se observa un pago por concepto de cesantías por un valor de \$566.655.

Este Despacho condenará a la Fiduprevisora S.A. quien actúa como vocera y administradora del Par Caprecom liquidado, a pagar al demandante Néstor Raúl Díaz Céspedes la suma total de \$5.628.469 por concepto de cesantías causadas en el tiempo laborado.

- **De los intereses a las cesantías y la sanción por no consignación de las mismas**

En lo que corresponde a los intereses de las cesantías es necesario manifestar que con base en lo dispuesto en el art 33 del Decreto 3118 de 1968, modificado por el art 3 de la Ley 41 de 1975, los intereses no están consagrados para los trabajadores oficiales a cargo de los empleadores, ya que el art 12 de la Ley 432 de 1998, obliga al Fondo Nacional de Ahorro a reconocerla y abonarla en la cuenta del servidor afiliado tal y como se estableció en la Sentencia 22357 del 17 de mayo del 2004, de la Corte Suprema de Justicia en razón de lo cual el Despacho niega esta pretensión.

- **De la prima de servicios**

Teniendo en cuenta que las normas que regulan lo atinente a las prestaciones de los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado, regulada en los Decretos 3118, 3135 de 1968, y el Decreto Ley 1045 de 1978, no señalan la prima de servicios como una acreencia reconocida a favor de los trabajadores oficiales, deberá negarse esta pretensión.

- **De la compensación de vacaciones**

Por disposición del art 3 del Decreto Ley 1848 de 1968, el Decreto 1919 del 2002, y el art 1 de la Ley 995 del 2005, se establecen 15 días de salario por cada año completo de servicios o proporcional cuando las mismas no fueren disfrutadas una vez expirada la relación laboral, y como quiera que en la liquidación vista a folio 24 se observa un pago parcial por compensación de vacaciones, equivalente a la suma de \$871.777, el Despacho condenará a la Fiduprevisora S.A. quien actúa como vocera y administradora del Par Caprecom liquidado, al reconocimiento y pago a favor del demandante Néstor Raúl Díaz Céspedes por la suma \$2.225.784 por concepto de vacaciones causadas en el tiempo laborado.

- **Prima de vacaciones**

Tal prestación tiene su consagración legal en el Decreto Ley 1045 de 1978, específicamente en los arts. 24, 25, 26 y 17, y es equivalente a 15 días de salario por cada año de servicios. De manera que al ser procedente el reconocimiento y pago de esta prestación a favor del demandante, se condenará a la Fiduprevisora S.A. en calidad de vocera y administradora del Par Caprecom liquidado, al reconocimiento y pago a favor del demandante Néstor Raúl Díaz Céspedes por la suma de \$1.534.599 por concepto de prima de vacaciones causadas en el tiempo laborado.

- **Prima de navidad**

Señala el art 32 del Decreto 1045 de 1978, que los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de navidad, respecto de quienes por disposición legal o convencional no tengan establecida otra cosa, esta prima será equivalente a un mes de salario que corresponde al cargo desempeñado a 30 de noviembre de cada año. La prima se pagará en la primera quincena del mes de diciembre cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo laborado a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado o en el último promedio mensual si fuere variable.

Conforme a la regla anterior, y luego de las operaciones aritméticas correspondientes, se extraen por estos conceptos a favor del demandante el siguiente valor:

Por el año 2010, \$500.000.

Por el año 2011, \$1.569.199.

Y, por el año 2012, \$3.248.512.

En consecuencia, el Despacho condenará a la Fiduprevisora S.A. quien actúa como vocera y administradora del Par Caprecom liquidado, a pagar al demandante Néstor Raúl Díaz Céspedes la suma de \$5.317.711 por concepto de prima de navidad causadas durante el tiempo laborado.

- **Prima convencional de junio**

De conformidad con lo señalado en el art 49 de la convención colectiva de trabajo 9698 se reconoce y liquida a favor del actor por un valor total de \$2.426.855 por concepto de prima convencional de junio que, deberá ser reconocida por la demandada Fiduprevisora S.A. quien actúa como administradora del Par Caprecom liquidado, y a favor del demandante Néstor Raúl Díaz Céspedes.

- **La prima convencional de navidad**

De conformidad con lo señalado en el art 50 de la convención colectiva de trabajo 9698, se condenará por este concepto y a favor del demandante Néstor Raúl Díaz Céspedes y a cargo de la Fiduprevisora S.A. quien actúa como vocera y administradora del Par Caprecom liquidado, la suma total de \$3.158.855 por concepto de prima convencional de navidad.

- **Prima convencional de servicios**

Se niega esta pretensión en tanto el art 51 de la convención colectiva de trabajo, indica que dicha prima está reconocida en los arts. 49 y 50 de la presente convención colectiva, coligiendo de lo anterior que el mentado concepto se encuentra representado en las primas convencionales de junio y navidad.

- **Prima extralegal de vacaciones**

Igualmente se niega esta pretensión en tanto el art 52 de la convención colectiva indica: Caprecom reconocerá como prima de vacaciones a sus trabajadores oficiales lo establecido en la ley, interpretando así de la norma que no se pactó un valor adicional al reconocido en el ordenamiento legal.

- **Auxilio convencional de transporte**

Señala el art 47 de la convención colectiva de trabajo que Caprecom reconocerá a todos sus servidores públicos el auxilio de transporte que decreta el gobierno nacional, pues bien, y de conformidad con lo anterior, y como quiera que no se probó que el trabajador en el transcurso de la relación laboral se le haya reconocido y pagado el auxilio de transporte legal, el Despacho lo liquida de la siguiente manera:

Por el año 2010, la suma equivalente a \$287.000.

Por el año 2011, \$763.200.

Por el año 2012, \$813.600.

Por el año 2013, \$211.500.

En consecuencia, el Despacho condenará a la Fiduprevisora S.A. quien actúa como vocera y administradora del Par Caprecom liquidado, a pagar al demandante Néstor Raúl Díaz Céspedes la suma total de \$2.075.300 por concepto de auxilio de transporte.

- **Prima convencional de retiro**

Al respecto señala el art 58 de la convención colectiva de trabajo que Caprecom reconocerá adicionalmente por prima de retiro a sus servidores públicos el equivalente a dos meses de salario. Así las cosas, este Despacho condenará a la Fiduprevisora S.A. quien actúa como vocera y administradora del Par Caprecom liquidado, al reconocimiento y pago a favor del demandante Néstor Raúl Díaz Céspedes de la suma de \$6.497.024 por concepto de prima convencional de retiro.

- **La bonificación de recreación convencional**

Al respecto señala el art 64 de la convención colectiva de trabajo que Caprecom reconocerá y pagará a sus servidores públicos 3 días de salario como bonificación especial de recreación, con ocasión del disfrute de vacaciones, así entonces y conforme al período en los cuales el demandante debió disfrutar de vacaciones, se liquida la acreencia de la siguiente manera:

Del 12 de agosto del 2010 al 11 de agosto del 2011, la suma de \$156.919.

Del 11 de agosto del 2011 al 11 de agosto del 2012, la suma de \$324.851.

De manera que este Despacho condenará a la Fiduprevisora S.A. quien actúa como vocera y administradora del Par Caprecom liquidado, a pagar al demandante Néstor Raúl Díaz Céspedes la suma de \$481.770 por concepto de bonificación de recreación convencional.

- **Aportes educativos previstos por la convención colectiva del trabajo**

Se niega esta pretensión, en tanto el demandante no demostró encontrarse dentro de una de las dos posibilidades contenidas en el art 39 de la convención colectiva.

- **Devolución de aportes pagados por el demandante al régimen de seguridad social**

Como quiera que el acervo documental solo se encuentra acreditado el pago del período de marzo del 2013, a seguridad social, en el formato compensarmiplanilla.com, este Despacho condenará a la Fiduprevisora S.A. quien actúa como vocera y administradora del Par Caprecom liquidado, a devolver al demandante Néstor Raúl Díaz Céspedes la suma de \$436.641.

- **Devolución de dinero cancelado por concepto de descuentos para la constitución de pólizas con los intereses**

No se encuentra acreditado en el proceso cuales dineros deben ser objeto de devolución, pues la parte demandante no aportó dentro de su acervo documentos de los cuales se pueda colegir con precisión las sumas de dinero canceladas para constituir pólizas, si bien a folios 31 y 34 se observan unas tablas de amortización del fondo de empleados de Caprecom, no se advierte con certeza en dichos folios cual es la causa que originó el crédito que allí se discrimina, y en razón de lo cual y por no encontrarse acreditado el Despacho niega la pretensión.

- **De las sanciones por mora**

Al respecto debe recordar el Despacho que la indemnización moratoria tiene origen en el incumplimiento del empleador respecto de las obligaciones con su trabajador, específicamente, salarios y prestaciones sociales, tal resarcimiento es de naturaleza eminentemente sancionatoria y su imposición está condicionada al examen, análisis y apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta el empleador, de tal manera que su imposición procede cuando se encuentre acreditada la mala fe.

No debe olvidarse en este aspecto que en tratándose de entidades públicas el juzgador debe tener en cuenta que estas cuentan con 90 días posteriores a la finalización del vínculo para pagar las acreencias laborales, según lo dispuesto en el art 1 del Decreto 797 de 1949, en esa medida la evaluación de la conducta debe efectuarse para el caso concreto y así constatar si la misma estuvo desprovista de buena fe, es decir, si tuvo la intención de desconocer abiertamente los derechos de su trabajador, tal como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia del 30 de abril del 2013, con Rad 42466 con ponencia del Magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve "La buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad y pulcritud."

Pues bien, y a juicio de esta juzgadora aflora con nitidez la mala fe de la demandada al mantener oculta una verdadera relación laboral con la demandante, bajo los contratos a través de EST, CTA y contratos de prestación de servicios por 2 años, 7 meses y 20 días, en perjuicio de los derechos del trabajador, bajo la óptica del Despacho tal circunstancia desquicia cualquier tesis tendiente a sostener la buena de la extinta Caprecom EICE.

A más de lo esbozado, debe acotarse que, al haberse ejecutado el contrato con una convicción errada del vínculo jurídico, no exime al empleador de la sanción correspondiente, esta posición ha sido asumida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia SL 587 del 2013, dentro del proceso con Rad 41936 del 21 de agosto del 2013, y es que causa mayor relevancia la actuación alegosa de Caprecom EICE cuando contrata al demandante a través de disímiles personas jurídicas y, por último, haciendo uso indebido de las ordenes de prestación de servicios con el único propósito de desconocer la función permanente del trabajador la cual se tornaba inherente a las actividades normales de la extinta entidad, encubriendo su actuar con un dosel de apariencia legal, se colige entonces de dicha conducta que la entidad entendía que las funciones del accionante eran necesarias para su cadena productiva y ante dicho panorama buscó una forma de vinculación que le permitiera seguir desdibujando la verdadera relación laboral.

Por lo anterior, para el Despacho no queda camino distinto a condenar a la pasiva al reconocimiento y pago de la indemnización solicitada por el demandante, a partir del vencimiento de los 90 días con que contaba la entidad para efectuar el pago de las acreencias laborales causadas, esto es el 30 de junio del 2013, en consecuencia, procede la condena por indemnización moratoria por la suma diaria de \$108.283 causados desde el 1 de julio del 2013 hasta cuando se realice el pago de las prestaciones sociales debidas.

- Sanción por no pago de las cesantías

Solicita la parte demandante, igualmente, se haga efectiva la sanción contemplada en el art 99 de la Ley 50 de 1990, en su numeral 3, en la cual se señala que el valor liquidado por concepto de cesantías se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo. Teniendo en cuenta que el empleador no consignó el valor de las cesantías correspondientes se liquida esta sanción de la siguiente manera: Indemnización de las cesantías del 2010: Desde el 15 de febrero del 2011 al 14 de febrero de 2012, por un valor total de \$18.000.000.

Del 2011: Comprendidas entre el 15 de febrero del 2012 al 14 de febrero del 2013, por un valor de \$18.830.388.

Indemnización de cesantías del 2012: Generadas entre el 15 de febrero del 2013 al 31 de marzo del 2013, por un valor total de \$4.872.735.

En consecuencia, este Despacho condenará a la Fiduprevisora S.A. quien actúa como vocera y administradora del Par Caprecom liquidado, a pagar al demandante Néstor Raúl Díaz Céspedes la suma total de \$41.703.123 por concepto de indemnización por no consignación de cesantías a un fondo administrador de cesantías.

- Indemnización por despido sin justa causa

Con relación a este tópico tanto la jurisprudencia como la doctrina han sido unánimes en sus pronunciamientos respecto al tema de la prueba, pues se indica que al trabajador

le corresponde probar el despido y al empleador la justa causa que lo llevara a tomar tal determinación y que ella se hiciera siguiendo las formalidades previamente establecidas.

De la documental visible a folio 17 se observa que el vínculo laboral finalizó el 31 de marzo del 2013, sin aludir a una razón legal que soporte la decisión, por tanto y al haber dado el carácter de término indefinido a la relación laboral que ligó a las partes, por cuanto nunca señalaron un límite temporal para el acuerdo contractual, hay lugar a fulminar condena por dicho concepto tal y como se describe a continuación:

Al respecto el Despacho se remite a lo regulado en el art 51 del Decreto 2127 de 1945, que al respecto señala que fuera de los casos a que se refieren los arts. 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral de un contrato de trabajo por parte del empleador, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo y además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar.

De conformidad con el art 43 de la norma en cita, el plazo presuntivo de un contrato a término indefinido o sin fijación de término alguno es de 6 meses, así las cosas y teniendo en cuenta que el contrato comenzó el 12 de agosto del 2010, y que el 31 de marzo del 2013, faltaban 5 meses y 11 días para finalizar el plazo presuntivo, se condenará a la Fiduprevisora S.A. quien actúa como vocera y administradora del Par Caprecom liquidado, a pagar al demandante Néstor Raúl Díaz Céspedes la suma total de \$17.433.681, por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

- Indexación

Se condenará a la Fiduprevisora S.A. quien actúa como vocera y administradora del Par Caprecom liquidado, a indexar las sumas adeudadas diferentes a salarios y prestaciones sociales debidas y reconocidas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Señaló la parte demandada:

Contra el artículo primero que declara el contrato realidad entre el 12 de agosto del 2010 y el primero de 12 de mayo del 2013, no comparte esta parte la declaración misma, teniendo en cuenta que no se hizo una valoración de la vinculación que se tuvo con las CTA que, indicaban que la persona, claramente, pues estuvo vinculada como trabajador asociado y conforme el mismo decreto que se menciona en la sentencia, Decreto 4369 de 2006, debido a las funciones que requería Caprecom como prestadora de servicios de salud, lo cual pues no es un secreto que tal eran las funciones que tenía que llevó a cabo su liquidación. Sobre estos períodos, se entiende y obra en el proceso incluso pruebas de que se realizaron los pagos de las cooperativas sobre las prestaciones sociales que también se están ordenando en esta sentencia, entonces, se ordenaron pagos por vacaciones y se ordenaron pagos de cesantías, cuando se declararon o cuando se liquidó definitivamente cada período con la vinculación que tuvo con las cooperativas, entonces se está ordenando un doble pago.

También es de aclarar que, si bien existió una contratación de prestación de servicios, pues nosotros consideramos que los testimonios no tienen la fuerza probatoria para desvirtuar o para mencionar que, si hubo una subordinación laboral, el hecho de que se dieran órdenes no implica que lo que se dio en este proceso o lo que existe acá fue un contrato que la documental pues está dentro del proceso, y lo que se da es que se hacía una coordinación del mismo contrato de prestación de servicios, como podemos ver pues no existió tampoco más contratos de servicios que puedan decir que era una actitud o una general de la entidad que estuviera contratando de esta forma a la persona; nosotros consideramos que no existe el contrato realidad y por eso solicitamos que el artículo primero de la sentencia se revoque.

Con respecto a la liquidación de los valores, primero pues tengo que agregar que no sé de donde se está liquidando el último contrato de prestación de servicios que se menciona sobre \$3.248.000, cuando ese es un valor global por un período, pero no es un valor mensual, incluso si se quisiera ir más allá, ese valor contiene ya las prestaciones sociales en teoría, igualando a lo que tenían los trabajadores de Caprecom pero, pues sin embargo como no está probado dentro del proceso, no vale la pena ni mencionarlo. Sin embargo, el mismo hecho de la demanda, hecho sexto, implica que el contrato de prestación de servicios era por un valor de \$2.604.603, entonces, pues hay una completa, pues hay un yerro aritmético con los valores que se están liquidando sobre

el último contrato de prestación de servicios que, todas las prestaciones se liquidaron sobre \$3.248.000, el valor que pues se encuentra dentro del proceso y que el mismo demandante está aceptando es un valor de \$2.604.603, hecho sexto de la demanda.

Con respecto al artículo segundo, también donde se realiza la liquidación, nos están condenando sobre los derechos convencionales, si bien se aportó la convención colectiva por parte de la parte demandante, consideramos que esta no tiene el valor probatorio que se requiere, no es legible de la constancia de depósito, conforme lo dispone el CST, esta era una necesidad que tenía que ser depositada ante el Ministerio, no es legible el sello que tiene la prueba aportada por parte de la demandante. No existe la certificación de vigencia de la misma, no hay prueba de aplicación extensiva, el Despacho, en este sentido, menciona que era aplicable a tanto afiliados como a trabajadores, sin embargo, pues es claro o en nosotros entendemos que no hay una prueba de la cantidad de personal que existieran en Caprecom que pudiera decir que era extensiva por ser un sindicato mayoritario, entonces por eso consideramos que debe revocarse todas las condenas realizadas con respecto a la convención colectiva, toda vez que esta no cumple los requisitos de la ley laboral que, la ley laboral le imponía también a la parte demandante.

Con respecto a aspectos, por ejemplo, bueno, conforme también ese artículo segundo, y teniendo en cuenta el valor real del último contrato dos millones seiscientos cuatro, pues se deben también realizar una revisión aritmética integral del valor liquidado por el Despacho, teniendo en cuenta este último valor para la prima de servicios, bueno la prima de servicios fue negada, el auxilio de transporte tampoco entendemos un valor de dos millones cero setenta y cinco, y pues afecta todas las prestaciones que se están reconociendo.

Cabe mencionar también la indemnización por no consignación de cesantías que, es otro punto acá de la apelación que estoy presentando donde se condenaron cerca de \$41.000.000, en este caso, se está mencionando que, si existió un contrato de trabajo y que hay la existencia de un contrato como trabajador oficial.

La sanción por no consignación de las cesantías corresponde a la Ley 50 del 90, y por lo tanto no es aplicable a los trabajadores oficiales, en ese sentido existe la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Rad 45390 del 8 de febrero del 2017, por lo tanto, pues debe revocarse también esta condena.

Con respecto también al tema de la indemnización por despido sin justa causa, pues tenemos entendido también que existió un contrato civil, una orden de prestación de servicio, la cual tenía una fecha de comienzo y una fecha de fin conocida por las partes, entonces no entendemos porqué se condena este rubro.

En ese sentido entonces, solicito a los H. Magistrados revocar la sentencia en su integridad, también solicito que, si en caso de mantener pues la existencia del contrato de trabajo, se realice una revisión integral de la parte aritmética, se revise también la documental aportada con respecto a la convención colectiva y, pues en ese sentido y, por último, también quiero mencionar sobre el tema de la sanción moratoria, de la sanción moratoria, pues existe la prueba documental en el proceso, Caprecom o la extinta Caprecom no tenía la facultad legal, no tenía la base legal para haber reconocido alguna prestación social, inicialmente cuando se realizó la contratación con las cooperativas, estas reconocieron los valores que prestó la trabajadora como asociada y, posteriormente, el contrato de prestación de servicios se le reconocieron los honorarios, tal cual como quedó estipulado en el mismo, entonces pues no se puede predicar una mala fe cuando no existía un soporte legal o posibilidad de que Caprecom realizara un pago de prestaciones sociales cuando no tenía el mismo, teniendo en cuenta esto, también es importante mencionar que la entidad se liquidó en diciembre del 2015, por el Decreto 2519, al liquidarse la entidad en diciembre del 2015, cualquier sanción o pago por concepto de mora se debe realizar hasta esa fecha, toda vez que al liquidarse la entidad y al estar demandado el Par Caprecom, el Par Caprecom no es una continuación jurídica de la entidad, Caprecom se extinguió jurídicamente de la vida, no existe legalmente y, por lo tanto, pues hasta esa fecha se puede condenar cualquier rubro consistente a intereses de mora.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S.S., la Sala resolverá los puntos planteados por la parte demandada, encontrando como puntos de reproche la existencia de la relación laboral, la liquidación de las acreencias objeto de condena, la concepto indemnización por despido sin justa causa, aplicación de la convención colectiva, límites temporales de la indemnización moratoria y la condena por concepto de indemnización por no consignación de cesantías.

También por apelación y en grado jurisdiccional de **consulta**, en favor de la demandada, se analizará si existió la relación laboral deprecada y de ser así, si el demandante ostentaba la calidad de trabajador oficial.

Existencia del contrato

El artículo 2 del Decreto 2127 de 1945 señala como **elementos del contrato de trabajo** la actividad personal del trabajador, la dependencia de este respecto del patrono y el salario como retribución del servicio y el artículo 3 de la misma norma prevé que una vez reunidos esos tres elementos el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono.

Descendiendo al caso en estudio se tiene que como bien lo señaló el actor, obra prueba de la prestación de sus servicios a favor de Caprecom EICE, desde el 12 de agosto de 2010 al 31 de marzo de 2013, prestación de servicio, que inició a través de la Empresa Serdan, como se corrobora mediante documental visible a folio 44 del plenario, que da cuenta que el actor fue enviado a laborar en misión para Caprecom EICE, entre el 12 de agosto de 2010 al 11 de octubre del mismo año, posteriormente a folio 43, fue allegada certificación expedida por Equipo de Trabajadores estratégicos, según la cual, el trabajador demandante, fue contratado para laborar en el proceso de Caprecom, desde el 12 de octubre de 2010 al 30 de marzo de 2011, a folio 24, obra liquidación de prestaciones sociales expedida por Coopservicios, que da cuenta que su vinculación con esta, se dio entre el 1 de abril de 2011 al 10 de mayo de 2012 y a folio 32, comunicación mediante la cual dicha cooperativa le informa al actor que culminó la relación contractual entre esta y Caprecom, por lo que el 10 de mayo de 2012, termina su contratación; posteriormente y a folio 17,

obra certificación expedida por Cajanal EICE en la que señala que suscribió 3 órdenes de prestación de servicios con el actor, la primera, tuvo lugar entre el 28 de mayo al 30 de junio de 2012, la segunda del 3 de julio al 31 de agosto de 2012 y la tercera entre el 5 de septiembre de 2012 al 31 de marzo de 2013, documentales que dan cuenta de la prestación del servicio del actor de manera continua a favor de CAPRECOM EICE entre el 12 de agosto de 2010 al 31 de marzo de 2013, la que se corrobora con las testimoniales vertidas durante el trámite procesal.

En cuanto a las mencionadas vinculaciones a través de Empresas de servicios temporales y Cooperativas de Trabajo Asociado, si bien todas menos una, excedió los 6 meses de que trata el numeral 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, lo cierto es que no se allegó prueba que permitiera determinar que el actor fue contratado a través de las mismas para ejecutar las labores ocasionales previstas el artículo 77 en cita, como son, labores ocasionales, accidentales o transitorias, reemplazo de personal en vacaciones o licencia e incrementos en la producción y como quiera que nada permite establecer tal circunstancia, estando corroborada la prestación del servicio del actor a favor de Caprecom EICE, durante tales extremos temporales, se activa la presunción de que trata el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945.

Lo propio ocurre respecto de los servicios que prestó el actor con posterioridad al 28 de mayo de 2012, una vez culminó su vinculación con la Cooperativa Coopservicios, en virtud de las cuales, el demandante fue contratado para prestar apoyo en los procesos de liquidación de contratos manejados desde el nivel central Caprecom EICE, contratación que se dio entre el 28 de mayo de 2012 al 31 de marzo de 2013, habiendo interrupción de máximo 18 días entre la suscripción de uno y otro; lo que permite determinar que no existió solución de continuidad, entre las órdenes de prestación de servicios en mención.

Es así como al no ser objeto de tacha tales documentales, así como las testimoniales vertidas, que contrario a lo manifestado por el recurrente, dan cuenta de la prestación personal del servicio del actor a favor de la extinta Caprecom y las funciones que le fueron encomendadas en virtud de esas órdenes de servicios; siendo aplicable en esta oportunidad el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, normatividad que dispone que comprobada prestación

personal de un servicio se debe presumir su carácter de contrato de trabajo y debe corresponder al beneficiario del servicio desvirtuar la subordinación.

En este asunto nada hizo la demandada para desvirtuar tal presunción, se limitó a negar el contrato de trabajo; sin embargo, de las pruebas se desprende con total claridad, que tal y como lo señaló la Juez de primera instancia, entre las partes existió un verdadero contrato de tipo laboral y no civil como lo pretendió hacer ver la demandada y como lo indica en recurso y alegaciones; lo anterior, por cuanto no acreditó la entidad demandada que las labores ejecutadas por el demandante representaran una labor que por su naturaleza estuviera excluida del objeto que legal y constitucionalmente le está encomendado desarrollar por representar un conocimiento especializado y la falta de personal de planta para acometerlo con suficiencia; por el contrario, dichas labores son actividades conexas al objeto natural de la entidad y a su supervivencia, circunstancia esta última que se corrobora con la documental antes citada.

Asimismo las testimoniales vertidas llevadas al proceso por la parte demandante, señalaron que el mismo había sido contratado bajo la modalidad de órdenes de servicios y empresas de servicios temporales, circunstancia que no se discute, corroboraron que en realidad, la prestación del servicio del demandante, no se ajustaba a dicho modo de contratación ya que en virtud al contacto directo y a diario que tenían con el actor, este permanecía en las instalaciones de Caprecom, pues manejaba el sistema instalado en los computadores de esta, desarrollando las labores que le fueran encomendadas, recibiendo órdenes e instrucciones para el cumplimiento de las mismas y de igual manera cumpliendo el horario de cualquier trabajador vinculado mediante contrato de trabajo y de no cumplirlo, afirmaciones que se corroboran con las documentales visibles a folios 38 y s.s. del plenario, contentivas de entrega de entrega de puesto de trabajo y elementos para el ejercicio de sus labores, por parte de Caprecom EICE y solicitud de esta para efectuar el traslado del demandante a otra dependencia dentro de la entidad debido a su buen desempeño.

En las condiciones anteriormente analizadas, **encuentra la Sala que efectivamente la relación jurídica que unió a las partes estuvo regida por un contrato de trabajo** dando aplicación al principio de primacía de la

realidad sobre las formas, pues si bien, como lo señala el recurrente la documental allegada por la demandada, en principio podría llevar a concluir que la contratación a través de órdenes de servicios, no salió de dicho plano; lo cierto es que se demostró con certeza que otra fue la realidad, que el demandante estuvo vinculado bajo las características propias de un contrato de trabajo, realizando como se dijo actividades propias del desarrollo y supervivencia de la entidad demandada, quedando desdibujada así la contratación que alega la demandada.

En relación con la **calidad de trabajador oficial** del demandante, siendo un aspecto que se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada, ésta Colegiatura encuentra que como quiera que la Caja de Previsión de Comunicaciones a la luz de la Ley 314 de 1996, era una Empresa Industrial y Comercial del Estado y ha quedado sentado que, de conformidad con los criterios orgánico y funcional de clasificación de servidores públicos **quienes prestan sus servicios a una Empresa Industrial y Comercial del Estado tienen por regla general la calidad de trabajadores oficiales**, la excepción es la de las persona que desempeñan actividades de dirección o confianza precisadas en los Estatutos internos de la entidad, pues ostentarán la condición de empleados públicos y por ello se tiene entonces que el demandante ostentó la calidad de trabajadora oficial para la demandada.

Aplicación convención colectiva de Trabajo

Determinada como quedó la calidad de trabajador oficial del actor, se tiene que el recurrente señala que esta no es aplicable, por cuanto el depósito de la misma ante el Ministerio de Trabajo, no es legible, al respecto, precedente resulta citar sentencia proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, radicación 68209 del 6 de noviembre de 2019, M.P. Fernando Castillo, en la que reiteró el criterio según el cual, si a lo largo del trámite procesal, no fue discutida la validez de la convención por la constancia del depósito, no hay lugar a restarle tal validez a dicho acuerdo de voluntades:

En un asunto similar la Sala en la sentencia SL20037 – 2017, 29 nov. 2017, rad. 48833, al abordar el tema del depósito de las convenciones colectivas y de la necesidad de discutir en las instancias los temas sobre los cuales se propone reparo en el recurso extraordinario, señaló:

Ahora bien, aun cuando con insistencia la Sala ha reiterado que la nota de depósito de las convenciones colectivas resulta ser un requisito indispensable para poder generar los derechos en ella contemplados, toda vez que el artículo 469 del C.S.T impone el cumplimiento de tal actuación incluso exigiendo que se

haga en el término de 15 días siguientes a la suscripción del acuerdo, como se dijo, por ejemplo, en las sentencias SL 3495 – 2014, SL4427 – 2014 y SL 930 – 2014, presupuesto que además y contrario a lo afirmado por el recurrente, en el expediente cuenta con el debido respaldo, es de advertir que el tema relativo a la validez de la Convención Colectiva en que se amparó el Tribunal para resolver la controversia, no fue planteado al contestar la demanda como argumento de ataque, ni se vislumbró en el desarrollo del proceso, ni en la apelación se adujo tal motivación, por lo que puede decirse que su aplicación fue un punto indiscutido por las partes.

Así las cosas, recordando la sentencia 35685 de 3 de mayo de 2011 radicación 35685 «al no existir debate alguno en torno a la naturaleza de las prestaciones, mal puede la recurrente exigir prueba solemne de la convención colectiva de trabajo, cuando, se insiste, no fue materia de controversia», la fuente normativa de la prestación.

Así las cosas tal argumento de la aplicación de la convención colectiva, no resulta ser de recibo pues la parte demandada no adujo tal inconformidad en el trámite procesal, tanto así que se tuvo por no contestada la demanda por su parte, siéndole aplicable la convención colectiva de trabajo visible a folio 118 al actor, en su calidad de trabajador oficial.

Asignación salarial

Sobre este punto, indica el recurrente que se debe efectuar revisión de las sumas señaladas como salarios por parte del juzgador de instancia, así las cosas se observa que entre el 12 de agosto al 11 de octubre de 2010, se encuentra acredita a folio 44, que el actor percibió una retribución de \$1.500.00.

Entre el 12 de octubre de 2010 al 31 de marzo de 2011, data para la cual estuvo vinculado con la cooperativa Equipo de Trabajadores estratégicos, la certificación expedida por esta y visible a folio 43, no señala asignación salarial devengada por el actor durante dicho lapso temporal y tampoco fueron allegadas pruebas que permitan establecer la misma, por lo que contrario a lo manifestado en la decisión de primer grado, no se le puede hacer extensible la suma de \$1.500.000, como salario devengado, pues no hay nada que permita concluir que percibió tal suma como tampoco la señalada por el actor en su escrito de demanda, habiendo lugar a tener como salario devengado el mínimo legal vigente que para el 2010, ascendió a \$515.000 y para el 2011 a \$535.600.

En cuanto a la vinculación con la Cooperativa Coopservicios, de certificación visible a folio 33, se observa que entre el 1 de abril de 2011 al 10 de mayo de 2012, devengó \$1.569.199.

Por último conforme certificación obrante a folio 17 expedida por Caprecom, se determina que atendiendo al valor de las órdenes de servicios allí detalladas, el actor percibió las siguientes sumas por las vigencias allí anotadas:

Del 28 de mayo al 30 de junio de 2012: \$2.865.063

Del 3 de julio al 30 de agosto de 2012: \$2.604.603

Del 5 de septiembre de 2012 al 31 de marzo de 2013 \$3.502.734, sumas que como señala el recurrente, son menores a la indicada por la juez de primer grado por el interregno temporal señalado.

Así las cosas, conforme lo señalado en precedencia como promedios salariales para cada una de las anualidades se tienen los siguientes:

2010: \$1.007.500

2011: \$1.052.400

2012: \$2.635.400

2013: \$3.502.734

Por lo anterior, se impone reliquidar las prestaciones sociales y convencionales a que fuera condenada la demandada; para lo cual se realizará sobre los conceptos de cesantías y vacaciones descuento de lo pagado al actor por la Cooperativa Cooperservicios, conforme liquidación de prestaciones visible a folio 24 del plenario, a fin de no incurrir en un enriquecimiento sin causa, de tal manera las sumas a reconocer quedarán así:

Cesantías: \$4.781.774 - \$566.655 = \$4.215.089

Vacaciones: \$1.953.045 - \$871.777 = \$1.081.268

Prima de vacaciones: Dicha suma, no será objeto de modificación, ya que conforme las operaciones aritméticas realizadas, arroja una suma superior a la señalada en instancia de primer grado, al no ser objeto de reproche por la parte demandante.

Prima de navidad: Se tiene respecto de esta condena que al establecerse la incompatibilidad de esta acreencia laboral con una de carácter

convencional, que fue igualmente concedida, conforme al artículo 51 del Decreto 1848 de 1968, reglamentario del parágrafo 2 del artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, a su vez reformado por el artículo 1º del Decreto 3148 del mismo año, procede **en grado de consulta revocar** la parte pertinente del numeral SEGUNDO de sentencia recurrida, para absolver a la demandada del pago de este emolumento. (CSJ sentencias 15 may. 2012 rad. 35954, y SL16538 de 3 dic. 2014 rad. 46103).

Prima convencional de junio: \$1.843.900

Prima convencional navidad: \$2.062.191

Auxilio convencional de transporte: Dicho rubro, no será objeto de modificación, pues corresponde al fijado anualmente por el Gobierno, como lo señala el artículo 47 del texto convencional allegado.

Prima convencional de retiro: conforme al promedio salarial fijado para el año 2013, al actor le correspondería por este concepto una suma superior a la señalada en sentencia de primer grado, razón por la cual, no será objeto de modificación.

Bonificación de recreación convencional: Señala el texto convencional que dicha bonificación se causa por el disfrute de vacaciones, en el presente quedó probado que el actor no disfrutó de vacaciones y por ello se condena a su pago en dinero, razón por la cual, no hay lugar a reconocer esta bonificación, siendo pertinente **revocar** la condena a este respecto.

Indemnización moratoria

Frente al tema encuentra la Sala que de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia la indemnización moratoria no procede de manera automática e inexorable por el sólo hecho de que se demuestre el incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones sociales, sino además debe analizarse si existió o no mala fe del empleador, por ende, sólo es procedente condenar a la indemnización moratoria cuando se acrediten dos elementos: la falta de pago de salarios, prestación e indemnizaciones y tal omisión persista tras su mala fe o reticencia en pagar esas obligaciones laborales al ex trabajador.

En el presente caso, no hay prueba que Caprecom, no pudiese contratar trabajadores de planta como lo afirma esta entidad, siendo que debió prever, que si lo que suscribía con la actora eran contratos regidos por las normas de contratación pública, en consecuencia, no podía haber ejercido la

subordinación en la manera como resultó probado, pues la entidad al intentar simular una contratación diferente a la de tipo laboral, no puede su conducta considerarse considerase guiada por la buena fe.

Es claro entonces que la demandada no demostró que existiesen razones atendibles y objetivas para su actuar único argumento que podría exonerarla de la sanción, luego se debe imponer la condena por este concepto.

En cuanto a la forma o tiempo en que ésta se impone ello ha sido objeto de disímiles pronunciamientos como por ejemplo en sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL-981 de 2019 oportunidad en la que se indicó que la sanción moratoria solo es exigible con posterioridad a los 90 días calendario al término de la relación laboral, que para el presente caso tuvo lugar el 31 de marzo de 2013, por lo que procede imponer ésta condena a partir del 1 de julio del mismo año, como fuera señalado en primera instancia.

Ahora bien, frente a la fecha límite para calcular la indemnización moratoria, la suscrita se acoge al criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-194 de 2019, pronunciamiento que indicar que para las entidades oficiales, la indemnización bajo estudio, opera hasta la fecha de suscripción del acta final de liquidación, que para el caso de Caprecom, se suscribió el 27 de enero de 2017; habiendo lugar como lo solicita el recurrente también en sus alegaciones al limitar esta indemnización al 27 de enero de 2017, por lo que se **modificará** la parte pertinente del numeral SEGUNDO de sentencia recurrida, no habiendo lugar a modificar el valor diario señalado, atendiendo al promedio salarial fijado para el último año de servicios.

Indemnización por no consignación de cesantías

Sobre este punto, como bien lo indica el recurrente, determinada la calidad de trabajadora oficial del demandante a órdenes de una Empresa Industrial y Comercial del Estado como lo era el Caprecom, sus trabajadores no estaban obligados a afiliarse a los Fondos de Cesantías que creados por la Ley 50 de 1990, ya que como lo dispone el artículo 3° de decreto 3118 de 1968 debían afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro, normatividad esta

última que tiene previstas consecuencias diferentes a las que previstas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para las omisiones del empleador en relación con la consignación de cesantías, no siendo aplicable tal preceptiva a los trabajadores oficiales como lo ha venido sosteniendo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencia radicado 43833 del 2 de octubre de 2013, M.P. Jorge Mauricio Burgos, por lo que se dispondrá **revocar** esta condena.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES DEL PROYECTO APROBADO UNÁNIMEMENTE POR LA SALA.

Indemnización por despido injusto

Sobre este punto, la Sala mayoritariamente desestimó las razones que expuso la magistrada sustanciadora, para confirmar la condena impuesta en primera instancia por este concepto y por ende, se revocará la misma por las razones que pasa a exponer:

Consideran los restantes Magistradas quienes conforman esta sala, que la demandante no demostró que el contrato de trabajo hubiera terminado por una decisión unilateral de Caprecom EICE, carga que le impone el artículo 167 del CGP y a su vez, la última orden de prestación de servicios suscrita, finiquitó en razón al plazo fijo pactado en el mismo, esto es, el 31 de marzo de 2013 (fl. 17).

Conforme lo anterior, procede revocar la condena impuesta por este concepto, aspecto sobre el cual, la ponente, **salva voto**.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR las condenas impuestas por concepto de prima de navidad, bonificación de recreación convencional, indemnización por no consignación de cesantías e indemnización por despido sin justa causa,

previstas en el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida, conforme lo expuesto en la parte pertinente de este pronunciamiento.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de sentencia de primer grado, para en su lugar señalar como sumas a pagar por la demandada las siguientes:

2. **Cesantías:** \$4.215.089
3. **Vacaciones:** \$1.081.268
4. **Prima convencional de junio:** \$1.843.900
5. **Prima convencional navidad:** \$2.062.191

TERCERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de sentencia de primer grado en lo referente a la indemnización moratoria del Decreto 797 de 1949, para limitar su pago hasta el 27 de enero de 2017.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

(Salva voto parcial respecto de indemnización por despido sin justa causa)



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No.32-2017-369-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

**DEMANDANTE: MYRIAM ADRIANA FRANCO
SANCHEZ**

**DEMANDADO: SERVICIOS POSTALES
NACIONALES Y OTROS**

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico, los de la parte actora y las demandadas NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES S.A. y SOCIEDAD OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACIÓN.

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, contra la sentencia proferido por el Juez Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, el día veintisiete (27) de agosto de dos mil diecinueve (2019) por medio del cual resolvió DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 31 de agosto de 2009. CONDENAR a la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA a reintegrar a la demandante a un cargo igual o similar al que venía desempeñando al

pago de salarios desde el 1 de junio de 2016 y hasta que sea reintegrada. CONDENAR a la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA al pago de la indemnización del artículo 26 de la ley 361 de 1997. CONDENAR a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA EN LIQUIDACION JUDICIAL a responder solidariamente por las condenas emitidas en contra de SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA. DECLARAR probada la excepción de compensación propuesta por SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA. DECLARAR probada la excepción de prescripción formulada por los litisconsortes necesarios COLTEMPORA SA NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES SA Y HUMAN STAFF SAS y en consecuencia ABSOLVERLOS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. CONDENO en costas a SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA Y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA EN LIQUIDACION JUDICIAL. (fls 631 y SS).

HECHOS

La señora **MYRIAM ADRIANA FRANCO SANCHEZ** a través de apoderado instauró demanda en contra de SERVICIOS POSTALES para que mediante un proceso ordinario laboral se **declare que entre ellas existió un contrato de trabajo realidad, declarado el contrato se ordene la reliquidación de prestaciones en razón al cargo que venía desempeñando, que se declare que existió un despido sin justa causa y sin cumplir los trámites legalmente establecidos para una persona con estabilidad laboral reforzada, que se condene al reintegro al cargo que desempeñaba o a uno de las mismas o mejores condiciones laborales, al pago de lo dejado de percibir desde el despido y hasta el reintegro, al pago de aportes a seguridad social, extra y ultra petita, costas y agencias en derecho, intereses moratorios.** (fls 2 al 12)

Como fundamento de sus pretensiones y en síntesis, afirma la demandante que laboró al servicio de la demandada desde el 31 de agosto de 2009 y hasta el 31 de mayo de 2016, que el primer cargo desempeñado fue el de auxiliar logístico (digitadora) y su último cargo

fue de asesora de call center y recepción, que cumplía órdenes de sus jefes inmediatos, que cumplía horario de 8:00 a.m, a 5:00 p.m, que tenía un jefe inmediato en el área de telegrafía donde laboró todo el tiempo, que el primer contrato fue mediante SERTEMPO, SA , luego con HUMAN STAFF SAS y posteriormente COLTEMPORA, que desde mayo de 2012 estaba enferma y el 31 de octubre de ese año le SA diagnostican enfermedad de origen laboral y por parte de la ES envían carta a la empresa y ARL comunicando la situación, que la demandante nuevamente firma un contrato laboral con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA, desde el 1 de noviembre de 2012 al 31 de mayo de 2016 siendo su último cargo asesora de call center en el mismo sitio en donde siempre desarrolló sus labores, que a pesar de las terapias y recomendaciones no hubo mejoría, que en 2013 tuvo varias incapacidades, que en mayo de 2015 fue calificada por la junta regional de calificación de invalidez con una pérdida de capacidad laboral de 16.01% por apelación fue modificado el porcentaje a 16.84 %, que el 31 de mayo se le terminó el contrato, que interpuso tutela y al contestar, la temporal señaló que era un error, pero sin embargo el 31 de julio de 2016 le consignan la liquidación, el cual según la empresa terminó el 31 de mayo de 2016, que la demandante aún continua en tratamiento. (fls 2 al 12).

La demanda fue contestada por la demandada **SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA**, la cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento legal y de hecho. En cuanto a los hechos, aceptó solamente el relativo a la tutela y la reunión sostenida para tratar temas de salud de trabajadores en salud. De los demás señaló que no le constaban y que no era cierto que la demandante fuese su trabajadora y que el contrato fue con las temporales por lo que no sabe el cargo que desempeñaba, pero también afirma que era usuaria de los temporales y por tanto puede ejercer subordinación en cuanto a trabajadores en misión. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, litisconsorte necesario, inexistencia de la relación laboral entre las partes, inexistencia de solidaridad entre Servicios Postales Nacionales

y las temporales, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación y genérica. (fls 133 a 152)

Al resolver la excepción planteada por la demandada el Juez ordenó vincular como litisconsortes necesarios a **NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES SA, HUMAN STAFF SAS, COLTEMPORA SA, Y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES**

Los litisconsortes vinculados contestaron la demanda así:

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA manifestando que no se opone ni se allana a las pretensiones porque no van dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos afirmó que no le constan en su mayoría pues se trata de personas jurídicas diferentes. Dijo que existió con la demandante un contrato de labor u obra desde el 1 de noviembre de 2012 y que finalizó justamente por el vencimiento de la misma el 31 de mayo de 2016, habiéndose pagado la liquidación de prestaciones. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, pago, buena fe y genérica. (fls 264 a 273).

COLTEMPORA SA manifestando oponerse a todas las pretensiones por ser contrarias a la realidad fáctica y carecer de sustento jurídico. En cuanto a los hechos afirmó que no le costaban por que se trataban de terceros ajenos a ella. Propuso las excepciones de prescripción de derechos, inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de despido, cobro de lo no debido y falta de causa para pedir, mala fe, temeridad y deslealtad procesal de la actora, prescripción de derechos, inexistencia de solidaridad, compensación, falta de legitimidad en la causa por pasiva e innominada (fls 338 a 364).

HUMAN STAFF SAS, oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda por ser contrarias a la realidad. En cuanto a los hechos manifestó desconocerlos y dijo que la demandante si fue trabajadora de la empresa mediante un contrato de labor u obra en 2011,

señalando desconocer posteriores vinculaciones con otras temporales. Propuso las excepciones de inexistencia y cobro de lo no debido por pago de la obligación, prescripción, buena fe y genérica. (fls 445 a 452 y 471 a 480 subsanación).

NEXARTE SERVICIOS TEMPORALES SA oponiéndose a las pretensiones dado que, si existieron dos contratos de trabajo con la actora en la que tuvo la calidad de trabajadora en misión, pero en 2009, 2010 y 2011, pagando todo lo de allí derivado. En cuanto a los hechos dijo desconocerlos pues son relativos a terceros y en épocas en que ya no tenía relación alguna con la actora. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, pago y cobro de lo no debido, compensación y genérica. (fls 503 a 519).

Tramitada la primera instancia el juez 32 Laboral tomó la decisión que hoy revisa la Sala afirmando que:

“... luego de hacer un resumen de la demanda y de las contestaciones el Juez señaló que al haber declarado probada la excepción de litisconsorcio necesario vinculó a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA, COLTEMPORA SA NEXARTE, también hizo un resumen de las contestaciones. Dijo luego, que lo primero a definir era la existencia de un contrato de trabajo realidad entre la demandante y la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA y si este terminó sin justa causa y si la demandante al momento de la terminación del contrato gozaba de estabilidad laboral reforzada procediendo así las pretensiones. También dijo que debía resolver si había solidaridad de los litisconsortes necesarios. Citó los artículos 22, 23 y 24 del CST esto es definición de contrato de trabajo, elementos esenciales del mismo y presunción de existencia contemplada en la última norma citada. Vuelve a referirse a lo afirmado en la demanda y en la contestación sobre la existencia del contrato y cargos y empieza a referirse a las pruebas esto es documental visible a folios 20 y siguientes del expediente, esto es certificaciones de OPTIMIZAR, comunicación en donde se expresa que debe seguir prestando servicios (fl 22), autorización de retiro de cesantías (fl 23), contrato de trabajo (fl 24), certificaciones de COLTEMPORA, SERTEMPO (fls 25 y SS),

certificaciones de NEXARTE (fls 27 y SS), certificaciones de OPTIMIZAR (fls 29 y SS) historias laborales (fls 32 y SS), cartas de terminación (fls 88 y SS), contratos suscritos entre la demandada y SERTEMPO, para suministro de personal (161 a 166), contratos entre la demandada y HUMAN STAF SA, para suministro de personal (167a 170), contratos suscritos entre la demandada y COLTEMPORA (fls 171 a 176) (contrato suscrito entre la demandada y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES (fls 177 a 181), contrato suscrito entre la demandada y OPTIMIZAR (fls 182 a 193). Aunado a ello se refirió a las declaraciones de los testigos LUCY STELLA BARRIOS VARVAS Y YINETH MONROY RIOS compañeras de la demandante, testigos que fueron objeto de tacha pero que acreditan plena credibilidad en cuanto a la prestación de servicios de la demandante a la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA, unido a la documental allegada de la cual se tiene que la demandante laboró para la demandada como trabajadora en misión a través de varias temporales y en varios periodos, siendo la primera con SERTEMPO, del 31 de agosto de 2009 y hasta el 30 de abril de 2010, según certificación de fl 26, como auxiliar de logística tipo b, también se determina que a partir del 1 de mayo de 2010 se suscribe otro contrato hasta el 23 de marzo de 2011, posteriormente se suscribe un nuevo contrato del 24 de marzo de 2011 al 15 de diciembre del mismo año con HUMAN STAF, al día siguiente 16 de diciembre suscribe un contrato con COLTEMPORA, que se ejecuta hasta el 31 de octubre de 2012, y finalmente del 1 de noviembre de 2012, suscribe un contrato con OPTIMIZAR que se desarrolla hasta el 31 de mayo de 2016. Que todos estos contratos por obra o labor se suscribieron para ejecutar labores en la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA y por lo cual se debe tener en cuenta lo ley 50 de 1990, norma que define el trabajo ocasional como el de corta duración y no mayor un mes y en labores distintas a las actividades normales de la empresa, además esta misma ley define las empresas de servicios temporales como aquellas que solo colaboran temporalmente como define la ley y se refiere al art 74 que define los trabajadores en misión, al art 77 esto es casos en los que se puede contratar con empresas de servicios temporales, (cita la norma) y se refiere a su vez a los decretos reglamentarios de la ley, esto es el 1707 de 1991 y 24 de 1998, art 13 sobre la prorrogación no mayor a seis meses con esa u otra empresa de servicios temporales. Dijo que más allá de los contratos

suscritos entre la demandada y las empresas de servicios temporales vinculadas como listiconsortes; en este proceso no se acredita en debida forma el objeto de la contratación en lo que respecta a la causal esto es si era por labores ocasionales, remplazos o incrementos, inclusive en el contrato suscrito con COLTEMPORA, el objeto es por incremento de trabajo (operador logístico en misión). En los contratos que suscribió la demandante con SERTEMPO O NEXARTE , solo se hace relación a servicios en cumplimiento de convocatorias que dan lugar a la prestación de servicios y en el celebrado con OPTIMIZAR solo se describe una actividad contratada con la usuaria, de lo que se tiene que con en estos contratos y más en este último celebrado con OPTIMIZAR , se está vulnerando lo dispuesto en la ley 50 de 1990, pues en casos de incremento de producción solo se puede hacer contratación por seis meses prorrogables por otros seis y este contrato se prolongó por más de tres años, siendo cierto que cuando se contrató por optimizar era operador logístico así se haya trasladado a otro cargo, siendo claro que la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA vulneró la ley 50 de 1990 y más allá de que la subordinación pueda ser delegada a la usuaria, acá lo que hay es una violación flagrante de las normas y por ello el despacho determinó una práctica contraria a la ley en lo que respecta a la contratación como trabajadora en misión pues excedió el tiempo legal, luego declaró la existencia de un contrato realidad entre la actora y la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA.

Luego de hacer esta declaración se refirió a la reliquidación de prestaciones negándola pues no hay prueba del salario de un trabajador de planta ni de operador logístico ni en el call center, señalando que de la documental aportada por la demandada se puede advertir que este cargo no existe en la planta de personal, más allá de lo expresado porque si hay necesidad de servicio lo procedente es crear los cargos y no acudir a figuras de contratación que vulneren la ley, pero en lo que respecta a la reliquidación no hay lugar a ella pues no hay prueba de salario recibido por un trabajador de planta y es imposible así acceder a la reliquidación y ello se corrobora con la documental de fls 154 y siguientes que demuestra que ese cargo no existe en la demandada.

En lo que respecta a la estabilidad laboral reforzada el Juez encontró que con la demanda se aportaron documentos que dan cuenta de la situación de salud de la demandante y específicamente a folio 56 hay una notificación de la EPS a la cual se encontraba afiliada la actora en donde se determinó una enfermedad profesional situación que de acuerdo con el fl 55 se comunicó al empleador en ese entonces COLTEMPORA. De igual forma se adelantó la calificación de pérdida de capacidad laboral y se emitió dictamen por la junta regional, luego por la nacional y se determinó una pérdida de capacidad de 16.84% de origen profesional lo que aparece a folios 48 y siguientes, así como la comunicación del dictamen con fecha 23 de abril de 2015, a folios 50 y SS recomendaciones a los diferentes temporales, para codos y puños y en si múltiples documentos de la EPS Saludcoop con recomendaciones dirigidas a las temporales que contrataron a la demandante. El 2 de julio de 2012 se informó a la demandada por parte de Coltempora las recomendaciones. Luego el Juez cita el art 26 de la ley 361 de 1997, así como sentencias de la Corte Suprema de Justicia, como la de 15 de julio de 2008, Rad 32532, en donde se examina la estabilidad laboral reforzada y que remite al Decreto 2463 de 2001 en cuanto a grados de limitación, moderada, severa y profunda. Cita la sentencia y aduce e insiste en las imitaciones entre moderada y profunda, moderada entre el 15 y 25% severa mayor a 25 % y profunda mayor a 50%. En ese orden encontró que la demandante se encuentra en el grado de limitación moderada, pues fue calificada antes de que se terminará el contrato con una pérdida de capacidad del 16.84% antes incluso de que se terminará el contrato de trabajo y acogiendo la jurisprudencia concluye entonces que la actora gozaba de estabilidad laboral reforzada. Agregó que los testigos Lucy Barrios y Yineth Monroy, afirmaron que los contratos se terminaron a las personas con salud y además llama la atención que el contrato entre la demandada y Optimizar perduró más allá de 2016 como se acredita con la documental de folio 88 a 92 esto es acta de reunión de noviembre de 2016, cuyo objeto era revisar la situación de 8 trabajadores en misión y en donde se expresa que la secretaria general de la demandada expone que con corte a septiembre de 2016 se terminó el contrato con optimizar, de donde se deduce que posterior a mayo cuando se terminó el contrato a la actora, el contrato entre servicios postales y optimizar se prolongó lo que hace inferir que además de la salud de la

actora hay elementos de juicio para concluir que fue una medida discriminatoria por su situación de salud, razón por lo cual ordena el reintegro en Servicios Postales pues con esta se declaró el contrato realidad, adicionando que se deben tener en cuenta las recomendaciones médicas, ordenó el pago de salarios y aclaró que debe ser a un cargo similar ya que en planta no existe un como para el que se contrató a la actora, ordenó también el pago de la indemnización de la ley 361 de 1997 y pago de aportes al sistema de seguridad social. En cuanto a la solidaridad de las empresas de servicios temporales señaló que es procedente respecto de cada una de las temporales, pero en lo que respecta a la reliquidación y como ellas no se abren paso la solidaridad de Coltempora Nexarte y Human Staf no prospera, además que operó para ella la prescripción, en cuanto a Optimizar que fue la último temporal con la que suscribió contrato la actora, fue esta quien le terminó el contrato a la demandante y por tanto este actuar en mayo de 2016 es contradictorio porque primero le informa que el contrato se termina porque se terminó la labor, luego dice que es un error ante la tutela interpuesta, pero luego le consigna la liquidación, siendo evidente que desde ahí la demandante no prestó servicios, aunado a ello y ante el despido discriminatorio, Optimizar es solidariamente responsable en cuanto a la indemnización del art 26 de la ley 361 de 1997. En cuanto a salarios causados desde el despido y hasta el reintegro señaló que de acuerdo con el art 35 del CST, Optimizar actuaba como simple intermediaria y por eso la condenó en forma solidaria a los pagos a que condenó a la demandada. En cuanto a las excepciones propuestas y como quiera que a la demandada le pagaron liquidación en 2016 declaró probada la excepción de compensación. En cuanto a la prescripción señaló que no opera el fenómeno ante la interrupción con la reclamación de la demandante. Declaró no probadas las demás propuestas por la demandada. En cuanto a las excepciones de las litisconsortes necesarias declaró probada la de prescripción y condenó en costas a la demandada y a optimizar y sin costas a las demás.

Inconforme con esta decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación así:

SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.:

“... afirma el recurrente que al inicio de la parte considerativa el Juez hace referencia a los artículos 22,23 y 24 del CST y en esos se dice como se genera un contrato sus elementos y a la presunción de que toda relación está regida por un contrato de trabajo. Se detiene en el artículo 23 señala los elementos prestación de servicios subordinación y salario y afirma **que la subordinación la tiene que probar la parte demandante y eso no lo logró a hacer** y adicionalmente si se logra demostrar que no existió esta subordinación allegando las pruebas en la contestación de la demanda, esto es las certificaciones de gestión humana en donde así se afirma. Además en interrogatorio ella confiesa que no tenía relación con 472 y que su relación era con las temporales y que ellas le pagaban, así como confiesa que no sabe sus jefes eran de 472 y además con los testigos de la parte demandante se logra demostrar que esas testigos no tienen conocimiento absoluto o parcial de la relación que tuvo la demandante y además dicen que no conocen al jefe directo, pero si manifiestan que los jefes de ellas eran trabajadores de optimizar, siendo claro que las ordenes, eran emitidas por las jefes de las temporales y 472 nunca dio órdenes a la demandante. La sentencia se basa en que 472 y optimizar rompen la regla sobre la temporalidad, pero no se detiene en la jurisprudencia que dice que eso no es solo lo que se debe analizar, sino que el espíritu es demostrar que la realidad estuvo por encima de la formalidad, lo que no se demostró pues insiste no se demostró la subordinación. Además, el Juez condena a la indemnización cuando se termina por condición médica y esa condición nunca se conoció porque la demandante nunca fue trabajadora de 472, y es claro que la reunión que se realizó para ello se dejó claro que 472 solo era usuaria y el objeto era suministro de personal. Frente a la tacha de testigos el juez resuelve tenerlos en cuenta, sin analizar la tacha y estas dos testigos también son demandantes en procesos, uno en el juzgado 13 y allí se resolvió en forma favorable para 472. Finalmente aduce que no es posible el reintegro pues la demandante nunca ha sido trabajadora de 472 y solo era una trabajadora en misión y además nunca tuvo conocimiento de las condiciones de salud de la actora y nunca le terminó el contrato este lo terminó optimizar. Finalmente dice que no se analizaron las excepciones.”

OPTIMIZAR S.A.:

“... afirma que lo que existió fue una reacción laboral bajo un contrato por duración de obra y labor prestando servicios en misión en 472. Respecto a la ley 361 de 1997 no existe despido injusto pues solo llegó a su fin por la pobra o labor al igual que por la finalización del contrato entre servicios temporales y optimizar luego no hay lugar a pago de indemnización sin justa causa y no se demostró la discapacidad para que estuviera protegida por estabilidad laboral reforzada. En cuanto a la solidaridad no puede ser responsable por las contrataciones de otras temporales ni por las actividades de 472 y en nada dependía de esa temporal. Afirma que cumplió con lo establecido en la ley 50 de 1990 y no puede ser condenada por lo que hicieron otras temporales.”

CONSIDERACIONES

Según lo ya anunciado y en cumplimiento de lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS la Sala estudiara **los recursos interpuestos comenzando por razones metodológicas por el recurso de SERVICIOS POSTALES NACIONALES, en los puntos sustentados a saber: i) la demandante no probó la subordinación y por el contrario la demandada si acreditó que no existía, ii) no se debe estudiar únicamente la violación a la ley 50 de 1990 en cuanto a empresas temporales, sino que sucedió en la realidad, iii) No existía estabilidad laboral reforzada, no se conocía la situación médica de la demandante ya que no era su trabajadora solo era una trabajadora en misión , luego no procede el reintegro debiendo el Juez analizar todas las excepciones.**

La Sala advierte que resolverá los puntos primero y segundo en forma simultanea por su estrecha relación.

Del contrato de trabajo, prueba de la subordinación y violación de la ley 50 de 1990.

Sea lo primero advertir que el recurrente parte de una equivocación garrafal, pues el demandante es decir el trabajador no debe probar la subordinación contemplada en el literal b del artículo 23 del CST, ello desconocería la presunción contenida en el artículo 24 del mismo código que, aunque citó, ignoró el recurrente.

De vieja data lo ha contemplado así la jurisprudencia cuando indicó: “... *si para configurarse la existencia de un contrato de trabajo fuese indispensable la demostración plena de los tres elementos o requisitos fundamentales señalados por el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, ello significaría que la norma del artículo 24 sería inoperante e inocua, **Por el contrario, con la demostración del servicio, se presume el contrato de trabajo...***” (CSJ Sent de dic 16/59)

El artículo 24 del CST, el cual contempla una presunción legal desde luego desvirtuable, ofrece entonces al trabajador en favor de quien opera, un aventaja probatoria, debiendo el empleador que niega la existencia del contrato demostrar el hecho contrario, es decir, que era otra la relación desarrollada, llámese civil comercial etc, en donde no existía subordinación.

Poco y casi nada probatoriamente hablando fue lo que hizo SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA para demostrar que la demandante no le prestaba servicios, en virtud de un contrato de trabajo realmente subordinado y desarrollado como tal bajo el principio de la primacía de la realidad que contradictoriamente plantea el recurrente en su favor.

Nótese como en primer lugar dice el recurrente que la demandada no era su trabajadora pero luego, dice que era un trabajadora en misión, como si este nombre o la calidad de usuaria de una empresa de servicios temporales de la cual justamente ignora la temporalidad, hiciese inexistente la prestación de servicios en su favor, esto es el primer elemento contemplado en el artículo 23 del

CST, del cual no hay duda en este caso, así como tampoco la hay de la presunción legal ya referida.

Basta examinar para ello el contrato celebrado entre OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA y SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA, visible a folios 182 y siguientes del expediente para que la primera de estas personas jurídicas le suministrara personal “en misión” a la segunda; contrato que dio origen al celebrado entre la demandante y Optimizar visible a folios 24 y siguientes, con fecha de iniciación 1 de noviembre de 2012, en el cargo de operador logístico, que se prolongó hasta el 31 de mayo de 2016 como consta en las certificaciones visibles a folios 29 y 30, esto es, por más de tres años, en lo que importa a la decisión y a los recurrentes.

De manera que los esfuerzos interpretativos del recurrente, no solo lucen errados sino contradictorios con sus propias afirmaciones, pues sin duda alguna se tiene que acepta a la trabajadora como trabajadora en misión para luego decir que no fue su trabajadora, con lo que no hace más que confesar que si le prestó servicios, así confunda este elemento con el tipo de contrato o calidad de trabajadora de la demandante

Ahora bien, afirma el recurrente que la demandada sí logró demostrar que no había subordinación y acude a los testigos que ella misma tachó para extraer de esas declaraciones algún tipo de desconocimiento de órdenes recibidas, cuando claro resulta que una trabajadora en misión al prestar servicios a la usuaria recibe instrucciones de la misma, más en este tipo de cargos recepción, en y call center en donde por la labor misma, es imposible recibirlas de la que suministra el personal.

Aduce también que la demandante confesó en interrogatorio de parte que no tenía relación con 472 sino con las temporales, incurriendo nuevamente en un error, porque lo afirmado por la

demandante una vez revisado por la Sala el audio que contiene la diligencia, es que no suscribió contrato con 472 que lo hizo con las temporales; lo cual es claro desde la presentación de la demanda no, que no le prestó servicios, a SERVICIOS POSTALES NACIONALES SA. Vale decir que la primera respuesta de la demandante es que el vínculo fue con 472 a través de las temporales y aunque admite que ellas pagaban aportes y hacían los exámenes, es clara al indicar que siempre fue en las instalaciones de 472, que su jefe era Fernando Pérez, quien le obedecía a otro de nombre Carlos que era de 472 y aunque dice no saber del contrato de estos y la demandada, siempre los reconoció como los jefes y tampoco pudo la demandada demostrar cómo debía hacerlo que esos no eran sus trabajadores y que si lo eran de las temporales, carga que se itera le correspondía para desvirtuar la presunción.

De otra parte y en cuanto a que no basta con analizar la violación a lo señalado en la ley 50 de 1990, con relación a las empresas de servicios temporales la Sala hace las siguientes precisiones.

Vale en primer término especificar cuándo procede el envío de personal de manera temporal, esto es en qué casos y por cuánto tiempo, tema este del cual efectivamente se ha ocupado la Corte Suprema de justicia, en diferentes sentencias entre otras la SL16350. Rad 58172 de octubre 29 de dos mil catorce (2014) M P LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS. Dijo en esa oportunidad nuestra alta corporación.

“ (...)

En efecto, la Corte, en sentencia de 24 de abril de 1997, rad. 9435, que se copia *in extenso* y se subraya en los aspectos que interesan al recurso, y que aquí se reitera, explicó prolijamente la situación laboral de las llamadas empresas de servicios temporales – E.S.T-, en los siguientes términos:

*“De conformidad con lo definido por la Ley 50 de 1990 (artículos 71 a 94) **son personas jurídicas conformadas como sociedades comerciales, cuya actividad se centra en enganchar y remitir el personal que requieran otras personas naturales o jurídicas para los siguientes efectos:***

“a. Desempeñar labores ocasionales, accidentales o transitorias, esto es aquellas cuya duración no exceda de un mes y se requieran para cubrir necesidades ajenas a la actividad normal del solicitante de los servicios.

“b. Reemplazar personal en vacaciones, en incapacidad, en licencia ordinaria y en licencia de maternidad.

“c. Atender el incremento de la producción, las ventas, o el transporte.

“d. Recolectar cosechas.

“e. Prestar servicios en general.

“Se denominan usuarios las personas naturales o jurídicas que contraten con las empresas de servicios temporales, y no podrán serlo quienes tengan con estas nexos económicos que impliquen subordinación o control. Deben hacerlo mediante la suscripción de un contrato mercantil escrito, cuyas estipulaciones cuando menos han de referirse a los temas establecidos por el artículo 81 de la Ley 50 de 1990.

“En virtud de este contrato las E.S.T. a cambio de determinada remuneración, se comprometen a remitir el personal requerido por el usuario, para lo cual han de enganchar los pertinentes trabajadores mediante la modalidad contractual laboral que se acomode a la respectiva necesidad de servicio. Pero si esto persiste para el correspondiente servicio contratado una vez agotados los plazos máximos permitidos por la ley, ya no podrá utilizar válidamente los servicios de una E.S.T, la misma que

venía contratando o de otra; así lo reconoce el artículo 2 del Decreto Reglamentario 1707 de 1991 y el Consejo de Estado cuando decidió la legalidad de este texto así:

“A juicio de la Sala esta disposición se limita a preservar el espíritu de la ley, es decir, a evitar que los contratos con las empresas de servicios temporales se tornen en permanentes, desconociendo los derechos prestacionales de los trabajadores.

“Naturalmente esta norma se refiere a las circunstancias especiales que dieron origen a la contratación. Si posteriormente en otro tiempo vuelve a presentarse un incremento en la producción o en las ventas o viene otra cosecha, se podrán celebrar otros contratos con empresas de servicios temporales, que no sobrepasen el límite establecido en la Ley. No se trata entonces de que solamente se pueda celebrar un único contrato de seis meses prorrogables por otros seis, sino que para una misma necesidad ese es el máximo permitido por las normas. Es claro que si las necesidades de servicio son permanentes, deberán vincularse trabajadores bajo esta modalidad.” (Sentencia de octubre 26 de 1994, Expediente 6038)

“Con respecto al personal en misión, para todos los efectos la empleadora es la E.S.T y por tanto ésta se hace responsable del pago de los pertinentes derechos laborales e incluso de la salud ocupacional. A éste propósito la ley impone como requisito especial para que el Ministerio del Trabajo autorice su funcionamiento, que la E.S.T constituya garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, en favor de los trabajadores y en cuantía no inferior a 500 veces el salario mínimo mensual vigente, para asegurar el pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones, ante el riesgo de una eventual iliquidez.

“De otra parte, se otorgan en la ley algunas garantías especiales en favor de los operarios en misión así: les asiste derecho a

recibir compensación de vacaciones y la prima de servicios en proporción al tiempo laborado, cualquiera que éste sea y sin importar la modalidad contractual acordada; igualmente tienen derecho a percibir cuando menos un salario ordinario equivalente al de los trabajadores del usuario que desempeñen igual actividad, incluyendo los posibles incrementos por antigüedad, y a gozar de los beneficios otorgados por este a sus empleados en materia de transporte, recreación y educación.

“Importa reiterar que con arreglo al artículo 78 de la Ley 50 de 1990 la E.S.T. es responsable de la salud ocupacional de los trabajadores en misión, aun cuando el servicio se preste en actividades particularmente riesgosas, solo que en esta hipótesis y cuando los trabajadores requieran de un adiestramiento particular o sea indispensable que se les suministre elementos de protección especial, la ley exige que en el contrato de prestación de servicios se determine expresamente la forma como se atenderán estas obligaciones.

“Y en este punto debe aclararse que no es atinada la propuesta interpretativa que hace el recurrente a propósito del referido precepto, para colegir de él la responsabilidad del usuario en el caso de accidente por culpa, dado que según se acaba de advertir, del texto en cuestión solo se desprende la necesidad de adicionar determinadas cláusulas al contrato de prestación a propósito de la seguridad ocupacional, pero el canon no hizo excepción a la característica esencial de la figura, esto es la de radicar la responsabilidad laboral exclusivamente en la E.S.T.

“Consiguientemente, en el evento de que un trabajador en misión sufra un infortunio profesional por culpa del usuario, bien sea por haber incumplido este los compromisos adquiridos con la E.S.T. en punto a seguridad industrial o debido a una imprevisión injustificada, la culpa se transfiere a la E.S.T. en tanto delegante del poder de subordinación pero exclusiva en la carga patronal, sin perjuicio del derecho de ella a repetir o reclamar a la usuaria los perjuicios por el incumplimiento contractual si este se presenta.

“LA RESPONSABILIDAD DEL USUARIO

“Al usuario le corresponde ejercer la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión de manera que está facultado para exigirles el cumplimiento de órdenes, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo. Pero esta facultad se ejercita no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la E.S.T, pues el personal enviado depende exclusivamente de ella. En otros términos, la usuaria hace las veces de representante convencional del patrono E.S.T, con el alcance previsto por artículo 1, inciso 1 del Decreto 2351 de 1965 (C.S.T art 32) esto es que lo obliga frente a los trabajadores, al paso que ante éstos los representantes (usuarios para el caso) no se obligan a título personal, sino que su responsabilidad se contrae tan solo frente al representado, en caso de incumplir lo estipulado en el respectivo convenio que autoriza la representación.

“Desde otro enfoque, relativo a una eventual responsabilidad solidaria, importa observar que la ley califica a las E.S.T como empleadoras de los trabajadores en misión (Ley 50 de 1990, art 71) y en el contrato de trabajo el patrono es en principio el obligado directo y exclusivo conforme se desprende del mismo artículo 22 que define dicho nexo. Solo en los casos determinados expresamente en la ley se contempla la solidaridad de personas que no figuren también como empleadoras en el nexo laboral (C.S.T. Arts. 33, 34, 35 y 36), de suerte que como la ley no dispuso expresamente que los usuarios respondiesen in solidum, debe excluirse que los afecte tal especie de responsabilidad en lo tocante a las acreencias laborales de los empleados en misión.

“Resulta en suma que los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto puedan contraer obligaciones con la E.S.T, como la adopción de medidas particulares respecto a los ambientes de trabajo o el

suministro de elementos de protección y seguridad. Acontece que precisamente mediante el contrato con la E.S.T y con autorización legal, el usuario cancela un sobrecosto sobre el valor real de la fuerza de trabajo que requiere para su actividad económica, a fin de hacerse irresponsable en lo que hace a la remuneración, prestaciones y derechos de los operarios. Desde luego, no se desconoce que, por esta razón, entre otras, se ha cuestionado seriamente la institución, con argumentos cuya razonabilidad corresponde estudiar al legislador, mas ello no le resta validez jurídica a los preceptos que en la actualidad permiten y regulan su funcionamiento.

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

“Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones. (C.S.T, arts 14 y 43).

“Por último en lo que hace a este acápite, conviene recordar que en reciente decisión ésta Sala reconoció la viabilidad de que el

usuario responda exclusivamente frente al trabajador en misión, si acuerda con éste actividades paralelas ajenas totalmente a las propias del encargo a que se comprometió la E.S.T. En esa oportunidad se dijo:

“Estima la Sala, en consecuencia con lo dicho, que si bien en principio las empresas de servicios temporales son verdaderos patronos y responsables frente al trabajador en misión de la salud ocupacional, no es lícito ni legítimo que un usuario aproveche los servicios de esta clase de trabajadores para atribuirles funciones que escapan totalmente de los deberes propios del contrato de trabajo celebrado por el empleado con la empresa de servicios temporales y luego pretenda desconocer las naturales consecuencias del marco obligacional que surge del contrato de prestación de servicios celebrado con ésta, para así evadirse de la ineludible responsabilidad laboral que surge de su proceder culposo que origina accidentes de trabajo, los cuales deben ser reparados en la forma prescrita por el artículo 216 del Código del Trabajo.

“Y si aparece diáfano - como en el presente caso - que la empresa de servicios temporales fue totalmente ajena a esa actuación apartada del objeto del contrato en misión, ella no se puede reputar subordinante en estos eventos, y por tanto no será ésta quien deba satisfacer las indemnizaciones pertinentes sino el empresario usuario culpable de la acción o la omisión generadora del infortunio laboral. (Ver sentencia de Marzo 12 de 1997 Exp. 8978).

Ya antes y de vieja data la H Corte se había pronunciado sobre las consecuencias y responsabilidades que surgen cuando una empresa de servicios temporales desborda sus facultades legales en sentencia de Rad 9435 de abril 24 de 1997 y de Rad 25717 de 21 de feb de 2006 en donde se aclaró

“ (...)

En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de 1997, radicación 9435.

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

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

Claro resulta entonces que en este caso se transgredieron de forma flagrante los límites establecidos en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, ni siquiera nunca se señalaron las razones que daban origen a la contratación y los contratos celebrados con estas empresas que eran aparentemente de servicios temporales, es decir creadas para

suministro de personal temporal y/o para esa específica misión de ahí que se denominen “en misión”; nunca fueron en verdad estrictamente desarrollados para el caso de la actora, pues dado su objeto, nunca se especificó cuál era la necesidad que lo generaba, es decir remplazo de personal en vacaciones, incremento en la producción etc. Obsérvese como en el último contrato celebrado con Optimizar, que se itera es el que nos interesa dada la decisión y recursos, solo se expresó en el ítem de duración, que lo sería para el desarrollo de la actividad particular contratada a juicio de la usuaria, nunca se especificó cuál y aún más de la temporalidad pasó a la permanencia, pues de lo que debería durar una contratación como esta esto es, seis meses prorrogables por seis meses más se desarrolló una de más de tres años, lo que resulta obvio pues el cargo de recepción y call center es de aquellos que implican una permanencia tal que como se señala en la jurisprudencia antes transcrita, solo dan lugar a contratar personal en esta modalidad es decir de manera permanente no como se hizo, mediante empresas, que desde ya advierte la Sala solo actúan como intermediarias, siendo claro que el verdadero empleador es la usuaria esto es SERVICIOS NACIONALES POSTALES SA, como de forma acertada declaró el Juez.

Definido lo anterior se resolverá el tercer punto planteado en el recurso.

De la estabilidad laboral reforzada

Aduce el recurrente que no conocía el estado de salud de la trabajadora, porque no era su trabajadora, que no es cierto, ya vimos que sí y que era el verdadero empleador de la demandante y que se benefició de sus servicios por muchos años, luego el argumento sobre la no procedencia del reintegro por ser solo “trabajadora en misión”, no tiene sustento, debiéndose analizar entonces si al momento de la terminación del contrato esto es el 31 de mayo de 2016, la

demandante era sujeto de especial protección de acuerdo con lo establecido en la ley 361 de 1997.

Bien el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el Decreto 019 de 2012 indica que “En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo...**”

La anterior Ley fue expedida **con el fin** de garantizar una protección integral y readaptación social del limitado físicamente en un grado de moderado, severo o profundo, lo cual se deduce del artículo 1º y 5º de la norma en mención, esto es, que no hacen parte de esa población protegida los demás limitados que no padecen ese grado de minusvalía y se estableció en el artículo 26 la prohibición para los empleadores **de obstaculizar una vinculación laboral por motivo de la limitación física de una persona**, a menos, que esta se demuestre como incompatible o insuperable para el ejercicio del cargo, lo cual persiste independientemente de las discusiones sobre derogaciones y vigencia.

Sobre el tema la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias 35606 de 2009, 36115 de 2010, 41845 de 2012, 42451 de 2016 y en la más reciente 46842 del 22 de febrero de 2017, **señaló que dicha estabilidad no se otorga con el sólo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral, para lo cual enseñó una serie de requisitos que se exigen para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 como son: “(i) Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) Que el**

empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) Que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social.

Es claro entonces, que para que opere la protección al momento del despido debe existir o bien discapacidad o bien un estado de debilidad manifiesta que también y según lo ampliamente analizado tanto por la Corte Suprema como por la Corte Constitucional da lugar a la protección contenida en la Ley 361 de 1997, **pues si ella existe el despido o terminación se presume discriminatorio, debiendo la demandada probar que no lo fue, que obedeció a una razón objetiva y no a tal condición.**

Revisado el expediente, encontramos documental juiciosamente analizada por el Juez de primera instancia, de la que puede concluirse no solo la calificación de la enfermedad de la actora como de origen profesional, (fl 36, sino del porcentaje dictaminado por la junta Nacional de calificación de Invalidez en 18.64%, decisión que tuvo lugar el 10 de septiembre de 2015, lo que se informó a Optimizar el 11 de septiembre del mismo año (fls 45 y SS), unido lo anterior a que desde mucho antes y a través de las otras temporales que vincularon a la actora para laborar en la demandada, se habían dado a conocer las recomendaciones médicas dadas, luego el argumento por demás débil y sin sustento, de no conocerlas por no ser su trabajadora sino una en misión, no puede borrar lo que en la realidad sucedió y que acá ya fue declarado, esto es que el verdadero empleador era SERVICIOS NACIONALES POSTALES SA y que la terminación del contrato el 31 de mayo de 2016, no puede más que presumirse discriminatoria, pues sin duda era conocida de tiempo atrás por la demandada

De manera que insiste la Sala la demandante sí se encontraba en las situaciones de discapacidad, limitación o debilidad manifiesta, al momento de la terminación del contrato, que se hizo mediante comunicación de 31 de mayo y que luego pretendió

anularse mediante otra de fecha junio 28 de 21016 que aparece a folio 22 del expediente, en donde se le solicita a la actora haga caso omiso de la comunicación de terminación, hecho que finalmente no cumplió, tal y como encontró el Juez ante el pago de liquidación , lo que sucedió después de que la tutela interpuesta por la demandante le fuera desfavorable.

No hay duda sobre que la demandada conocía las recomendaciones el diagnóstico y origen de la enfermedad, el porcentaje de calificación **y por tanto en este caso también existe la presunción, de terminación discriminatoria por lo que se aplican plenamente las sentencias de la Corte Suprema al respecto, como la sentencia SL 12998 Rad 49321 de nov 29 de 2017 MP JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ y la SL 1360 de 2018 de abril 11 de 2018 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, que explican detalladamente el tema.**

Finalmente, no sobra traer a colación la sentencia SL5181-2019 Radicación N° 68610 de veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), allí aclara y mantiene la Corte Suprema el criterio sobre el grado de discapacidad que genera la protección. Señaló la corte allí:

“(...)

Se ha explicado, a partir de su finalidad, que la citada normativa contiene un régimen de carácter especial, que trasciende el campo del Sistema de Seguridad Social Integral, por cuanto su protección va más allá de las garantías que este régimen cubre; por ende, su propósito no es otro que la protección de los derechos fundamentales de las personas con limitaciones, previendo para quienes las padecen en los grados de «severas y profundas» la asistencia y protección necesarias, así lo contempla su artículo 1º, al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación, como ya quedó dicho, a quienes padecen una invalidez significativa.

*En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, **según el grado de su limitación**, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley en comento.*

Dicha identificación, sólo con el propósito de hacerse visibles ante la sociedad y lograr su integración en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Indubitablemente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

En su articulado se toman como parámetros, los diferentes grados de invalidez a que se hizo alusión para establecer condiciones que garanticen su incursión en el ámbito laboral o que los haga merecedores de la protección del Estado, entre otros, en el campo de vivienda, seguridad social y educación. Ejemplo de ello es que el artículo 24 garantiza a los empleadores que vinculen laboralmente a personas en situación de discapacidad, que sean preferidos en igualdad de condiciones en los procesos de licitaciones, adjudicación y celebración de contratos, sean estos públicos o privados, siempre que sus nóminas tengan como mínimo el 10% de empleados en situación de discapacidad; en el 31 se dispone que los empleadores que ocupen trabajadores con limitación no inferior al 25% «comprobada y que estén obligados a presentar declaración de renta y complementarios, tienen derecho a deducir de la renta el 200% del valor de los salarios y prestaciones sociales, pagados durante el año o período gravable a los trabajadores en situación de discapacidad, mientras estas subsistan», y el 37 establece, que el Gobierno, a través del ICBF, y en cooperación con las organizaciones de personas con discapacidad, apropiará los recursos para crear una red nacional de residencias, hogares comunitarios y

escuela de trabajo para atender las personas con limitaciones severas. Sobre este tema se pueden consultar las sentencias CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 32532 y CSJ SL, 25 mar. 2009, rad. 35606.

Así, queda en evidencia que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo.

Ahora, como la aludida ley no determina los extremos en que se encuentra los distintos grados de severidad de la discapacidad, debe acudirse al artículo 7° del Decreto 2463 de 2001, que sí señala los citados parámetros, en los términos del artículo 5° de la Ley 361 de 1997, de la siguiente manera: discapacidad «moderada» es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; «severa», la que es mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral y «profunda» cuando el grado de invalidez supera el 50%.

En consecuencia, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral; cuya acreditación no depende de una prueba especial o forma instrumental determinada, ya que lo importante para que opere la estabilidad reforzada en favor de dichos trabajadores, es que se pueda demostrar esa situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, lo cual puede darse con los diferentes medios de prueba habilitados por el legislador, incluso, con el dictamen de las Juntas de Calificación, realizado con posterioridad a la

terminación del vínculo, que confirme la situación de limitación, que era evidente desde entonces.”

De manera que la Corte Suprema nuestro organismo de cierre, sigue sosteniendo que esta protección opera solo para ciertos estados de salud que, por su grado de intensidad, **hacen que el despido se presuma realizado por esa condición y no por otras, o lo que es lo mismo se presuma discriminatorio.**

Vale resaltar, que contrario a lo que señalan las demandadas en sus escritos de contestación y en los alegatos presentados en esta instancia, que la demandada no probó ninguna causal objetiva diferente, por el contrario, se limitó a sostener lo insostenible, desconociendo como trabajadora a la demandante lo que nunca pudo tampoco desvirtuar. De manera entonces que en nada se equivocó el Juez, su decisión resulta acertada y contrario también a lo sostenido por el recurrente estudió las excepciones y las declaró no probadas, luego esta SE CONFIRMA en su totalidad.

Resuelto el recurso de la demandada se resolverá el interpuesto por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., aclarando que las anteriores consideraciones son suficientes, para que su argumento no pueda derribar la sentencia apelada. Es claro y ya se dijo que el contrato no finalizó por terminación de una obra o labor que entre otras razones nunca se determinó, es claro que no se le está condenando por vinculaciones con otras temporales sino por la que hizo en los últimos, años, está absolutamente determinado que la demandante si gozaba de especial protección y que la conocía a cabalidad y por último es claro que la responsabilidad solidaria surge por su actuar contrario a la ley, sin que sobre recordar nuevamente lo expresado por la corte en la sentencia citada : “... **En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica**

contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de 1997, radicación 9435.

Por lo expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia apelada, ya que arribó a idéntica conclusión.

Costas a cargo de los recurrentes.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por lo expuesto en esta audiencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de los recurrentes.

Las Partes serán notificadas por EDICTO, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.

Los Magistrados


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**

ACLARO VOTO

AUTO

De acuerdo con lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP incluyese en la liquidación de costas la suma de dos salarios mínimos por cada uno de los recurrentes.

**MARLENY RUEDA OLARTE**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.
SALA LABORAL**

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

ACTA DE AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JULIO CESAR SANDOVAL BUITRAGO VS JOSE HUMBERTO GRIMALDO RAD N° 31-2019-98-01

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El señor **JULIO CESAR SANDOVAL BUITRAGO**, instauró demanda a través de apoderado y en contra de **JOSE HUMBERTO GRIMALDO SUAREZ**, para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare que existió un contrato de trabajo desde el 1 de agosto de 2017 y hasta el 7 de agosto de 2018. En consecuencia, solicita el pago de salarios, prestaciones, indemnizaciones, vacaciones, dominicales y festivos, descansos compensatorios, indexación, extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. (fls 3 al 6).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, no fueron remitidas por ninguna de ellas.

ANTECEDENTES

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta el demandante que se vinculó el 1 de agosto de 2017, que las condiciones del contrato fueron pactadas verbalmente, que el cargo desempeñado fue el de ayudante de panadería y oficios varios, que la labor fue desempeñada en la panadería PAN ALIÑADO DE LA 37, de propiedad del demandado, que la labor se realizó de lunes a domingo y en festivos, que el horario era de 6:00 a.m a 10:00 pm, que laboraba todos los domingos y festivos que no le daban descansos compensatorios, que el salario pactado era el mínimo legal, con salario en especie, esto es desayuno, almuerzo, comida, un café y

un pan, que el salario pagado era de \$80.000, que el 7 de agosto de 2018, el demandante renunció por falta de pago del salario acordado, que no le han pago prestaciones sociales y que no le consignaron en un fondo destinado a ello, las cesantías. (fls 3 al 6).

La demanda fue contestada mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones de la demanda, afirmando que nunca ha existido contrato de trabajo. En cuanto a los hechos fueron negados, excepto el 8 y 14 afirmando que no pagó porque no existía contrato, luego no estaba obligado a hacerlo, así como a consignar cesantías. Propuso las excepciones de inexistencia de contrato de trabajo, falta de causa para pedir, prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe del demandado, mala fe del demandante y cobro de lo no debido. (fls 16 al 22).

Tramitada la primera instancia, la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el veinticuatro (24) de abril de 2019, por la que resolvió **ABSOLVER de todas las pretensiones de la demanda y condenar en costas al demandante.** (fls 25 al 27).

Para llegar a esa conclusión, en síntesis, afirmó la Juez: “... *Lo primero que tendríamos que entrar a determinar es cuál fue el vínculo jurídico que unió a las partes.*

El artículo 22 CST, define lo que se debe entender por contrato de trabajo, el artículo 23 consagra los elementos esenciales siendo este servicio personal, subordinación y dependencia y salario. El art 53 constitucional establece el principio de primacía de la realidad sobre las formas, el artículo 24 del CST subrogado por el artículo 2 de la ley 50 de 1990, consagra una presunción en virtud de la cual se presume que cualquier relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Sobre la carga de la prueba de la presunción consagrada en el artículo 24 del CST ha señalado la Corte Suprema de Justicia desde tiempos y de vieja data, entre ellos la sentencia de mayo 32 de 1955 que apareció publicada en la revista del derecho del trabajo No 127 pag 90 lo siguiente (cita la sentencia).

*Procederemos a revisar las pruebas allegadas al expediente. En el interrogatorio que absuelve la parte demandada, niega la prestación de un servicio personal de parte del demandante en el establecimiento de comercio que el manejaba esto es la panadería. En el interrogatorio que absuelve el demandante, este indica que sí existió un contrato verbal que fue desde el 01 de agosto de 2017 hasta el 7 de agosto del año 2018, sin embargo, de lo dicho por la parte en el interrogatorio, solo se puede probar aquellos hechos que le perjudican mas no los que le benefician toda vez que el dicho de la parte no constituye prueba de los hechos que son el fundamento de sus pretensiones. Comparecen como testigos **Jesús Castil quien manifiesta que es amigo del demandante hace 4 años que lo conoce por negocios de la papelería, dice que el demandante le ofrece mercancías y que él las vende y viceversa,** desde que lo conoce el demandante tiene un carro que hace acarreos y que lo ve a la semana 1 o 2 veces. Cuando se le pregunta por el vínculo entre las partes, **dice el me comentó que era trabajador en la panadería hace 2 años más o menos,** señala igualmente que el frecuentaba la panadería unos dos días a la semana y que lo veía haciendo pan, dice el cuándo salía voy a entregar ese pan que no conoce la remuneración, que no sabe si cumplía un horario, que él iba muchas veces y lo veía ahí afuera, al carrito haciendo alusión al vehículo que es de propiedad del demandante. Igualmente indica que no podía saber que estuviera ocupado de lleno*

con la panadería porque él le decía, Julio tengo este trabajo y él lo hacía, que él nunca vio ordenes que fueran impartidas por la parte demandada al demandante y que nunca le pregunto qué era lo que hacía o no hacía, que nunca lo vio atender a otras personas en la panadería, que las personas entraban y simplemente lo saludaban. **Del dicho de este testigo lo único que es claro es que el demandante frecuentaba la panadería y que era visto en la panadería en reiteradas oportunidades sin dar fe de que efectivamente prestara algún servicio a favor de la parte demandada. El testigo Vera Cartagena es enfático en afirmar que no existía ningún vínculo entre el demandante y la parte demandada, señala que conoce al demandante porque el en las noches manejaba una buseta, que el señor llegaba refiriéndome al demandante se sentaba en la panadería y que el dueño de la panadería les ofrecía un café o un buñuelo que no solamente al demandante sino a todos los guardas de seguridad, que a don Julio siempre se le veía ahí sentado en las mesas porque no tenía a donde llegar que nunca lo vio con uniforme ni trabajando que tampoco percibió ordenes que se le dieran que simple y llanamente lo veía sentado porque nunca lo vio trabajando en ninguna parte que nunca lo vio hacer nada lo que si refiere este testigo es que la parte demandada le regalaba comida no solamente al demandante sino a otras personas. Comparece como testigo, Edilberto Rueda quien dice que conoció al demandante porque él iba a la panadería a tomar tinto y que después se iba que él no trabajaba ahí, que vivía en un carro y que después de que recibió una herencia conforme al dicho o conforme decía el señor Julio demandante, resultó durmiendo en un colectivo al frente de la panadería que el dueño de la panadería les ofrecía tinto, porque el señor José esto es el demandado es una gran persona, generosa que le daba de comer a terceras personas. El testigo Humberto Garzón dice que el veía al demandante inicialmente manejando un colectivo que lo parqueaba al frente del taller donde trabajaba el testigo y ahí dormía que lo veía afuera de la panadería parado que nunca lo vio trabajando que la panadería era del señor José y ahí trabajaban otras personas pero que el demandante siempre estaba afuera, como cliente.**

En el caso que nos ocupa es claro, que la parte demandante, no cumplió con su carga esto es, no probó la prestación personal del servicio a favor de la parte demandada, las circunstancias de que el demandante, permaneciera en el establecimiento de comercio de propiedad de la parte demandada esto es la panadería, de manera alguna puede inferir necesariamente la existencia de una relación laboral toda vez que con el dicho de los testigos, el permaneció en la panadería porque no trabajaba y no tenía una casa a donde llegar, sumado a lo anterior también es claro que la parte demandada le regalaba comida al demandante, para el caso que nos ocupa no le queda otro camino a esta operadora judicial que absolver de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante Julio Sandoval Buitrago al demandado José Humberto Grimaldo Suarez sobre las costas y agencias en derecho la parte que resulte vencida deberá ser condenada al pago de Costas y agencias en derecho en este caso el vencido es el demandante, en cuantía de 50.000 pesos...”

La sentencia no fue apelada por lo que se estudiará en **CONSULTA**.

CONSIDERACIONES

Lo primero que debe advertir la Sala es que de acuerdo a lo establecido en el artículo 24 del C S T se presume la existencia de un contrato de trabajo, desde luego si se acredita la prestación personal del servicio, primer elemento del contrato, consagrado en el artículo 23 de la misma.

Para la Sala, tal y como señaló la Juez de primera instancia, la prestación del servicio **no** fue acreditada, pues obsérvese que ninguno de los testigos ni siquiera el de la misma parte actora, pudieron establecer esa prestación de servicio, ni aún dar un indicio del mismo

Es así como el testigo de la parte actora sabe las cosas que él le comentó, luego ello no ofrece certeza de nada de lo afirmado en la demanda y cuando señala que iba algunas veces a la panadería no puede dar fe de haber visto trabajando al actor, solo refiere que él le decía que lo hacía o iba a hacer, pero de ninguna manera esta declaración, aporta, se itera, ni siquiera un indicio de la existencia de ese primer elemento del contrato, por el contrario este testigo indica otras actividades del actor, esto es acarreo y comercio en una papelería. Menos aún lo hacen, los testigos del demandado que son enfáticos declarando que este, solo le daba comida al actor, ante su asistencia al lugar.

Entonces resulta claro que no se aportó prueba alguna que acreditara la prestación del servicio por parte del demandante, que abriera paso a la presunción del art 24 del C ST.

Ahora si en gracia de discusión, aceptásemos que la declaración sobre algunas labores como entregar pan, que expresó conocer el testigo de la parte actora, acreditó el primer elemento del contrato de trabajo, esto es la prestación del servicio; **no es posible establecer los extremos del presunto contrato, carga que le correspondía a la parte actora, siendo claro que en el proceso no existe prueba alguna de ellos.**

En definitiva, en ejercicio de las reglas y principios que informan la carga de la prueba, debe concluir la Sala que el demandante no logró demostrar la prestación personal del servicio a favor del demandado, y así como se ha afirmado que la subordinación debe ser desvirtuada por el empleador, al presunto trabajador **le corresponde probar suficientemente la prestación personal del servicio y los extremos en que se desarrolló, sin que en este caso aparezcan acreditados, como efectivamente señaló la Juez.**

En este orden de ideas, forzoso concluir en la confirmación de la decisión de primera instancia que se revisa en grado jurisdiccional de consulta.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia revisada en grado jurisdiccional de **CONSULTA**.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 37-2018-266-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: EDGAR FERRO GONZÁLEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 23 de julio de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se receptionaron vía correo electrónico las de la parte demandante y demandada Porvenir S.A.

ANTECEDENTES

El señor ÉDGAR FERRO GONZÁLEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la vinculación que efectuara al régimen de ahorro individual, el 27 de abril de 1994, a través de la administradora pensional Porvenir S.A., señalando que en la etapa precontractual, no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de pertenecer a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201800266-01 Dte: EDGARD FERRO GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

uno u otro régimen pensional y en especial de su situación particular, que como consecuencia de tal declaratoria, se declare la nulidad del traslado que efectuara el 18 de febrero de 2004, con Skandia, hoy Old Mutual y a Porvenir el 15 de junio de 2007, pues estas administradoras en la etapa precontractual omitieron ofrecerle la información pertinente respecto del traslado de régimen pensional, ordenando a Colpensiones a tenerlo como afiliado en el RPM, como si nunca se hubiera trasladado de régimen. (fls.2 y 3)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se trasladó del RPM al RAIS, por intermedio de Porvenir el 27 de abril de 1994, que el asesor comercial de dicha entidad, no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que otorgaban ambos regímenes pensionales y en especial, no se le hizo un estudio de su situación pensional particular, ilustrándolo únicamente respecto de las ventajas que obtendría al pertenecer al RAIS, indica que los señores Orlando Romero, Luis Hernández y Adriana Gabalan, se percataron de que los asesores de Porvenir, sólo le señalaron condiciones y beneficios muy superiores que brindada el RAIS respecto del RPM.

Afirma que se trasladó de Porvenir a Skandia el día 18 de febrero de 2004 y de esta última regresó a Porvenir el 15 de junio de 2007, que nació el 29 de enero de 1959, alcanzando los 62 años de edad en el 2021, que les corresponde a Porvenir y Old Mutual, probar que cumplieron con el deber de información, como lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que Porvenir S.A., le realizó simulación pensional proyectando una mesada pensional de \$2.558.900 y realizada la simulación pensional en el régimen de prima media, cuando alcance los requisitos para acceder a derecho pensional, tendría una mesada de \$8.112.088, la que es muy superior a la que recibiría en el RPM, que sumadas las semanas cotizadas por él en ambos regímenes, ha cotizado un total de 1184 semanas, alcanzando para el 2021, anualidad en que cumple los 62 años, 1304 semanas de cotización.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201800266-01 Dte: EDGARD FERRO GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Afirma por último que agotó reclamación administrativa con derecho de petición que elevó ante Colpensiones el 26 de enero de 2018, solicitando la nulidad de traslado efectuado a esta administradora y a Porvenir S.A., solicitud sobre la cual, Colpensiones no se ha pronunciado. (fls. 3 a 5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 6 y 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos y buena fe. (fl. 57).

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en No. 6, 8 y 9, negó los No. 1 a 3, 5 y 7 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa. (fl. 73).

OLD MUTUAL S.A., de igual forma, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 4 a 6 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y pago. (fl. 103).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante. (fl. 153).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

El problema jurídico es determinar si al demandante le asiste derecho o no que se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación que efectuó en el momento que se trasladó del régimen de prima media al RAIS, administradora de fondos de pensiones



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201800266-01 Dte: EDGARDO FERRO GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Porvenir, sólo si se determina la prosperidad de este problema jurídico se analizara entonces si hay lugar a determinarlo válidamente afiliado al RPM administrado hoy por colpensiones y disponer lo que corresponda respecto de las entidades demandadas. Aclarado lo anterior procedo a dictar la respectiva consideraciones para tal aspecto y teniendo en cuenta los alegatos de conclusión presentados por las partes sin duda alguna es una discusión necesaria ya que se hace la interpretación necesaria a la jurisprudencia de la sala laboral de la corte suprema de justicia teniendo en cuenta las sentencias arquimedicadas últimamente proferidas que resultan reiteradoras, incluso clarificadoras de la línea jurisprudencial en la división jerárquica de fuentes, se determina que la jurisprudencia es un criterio auxiliar, como criterio principal será la ley pero no se puede dejar de lado como incluso allí se manifestaba que es la igualdad en los casos tratados que se cumple la finalidad de la jurisprudencia, ya que por disposición legal la jurisprudencia que en principio fue calificada por un criterio auxiliar se convierte por las circunstancias fácticas en criterio obligatorio bajo el principio de igualdad que está por encima de entender y clasificar la determinación respectiva advirtiéndole que por eso realizaré en lo más breve posible el entendimiento de la línea jurisprudencial para que en efectos de determinar en este proceso o en otro que se ventile ante la jurisdicción ordinaria laboral, se puede predicar o esperar sentencias automáticas; es por eso que realizare muy sucinto el recuento, advierto que la línea jurisprudencial se creó en el año 2008 con las sentencias 3189 -31314 reiterada también en el 2011 con la sentencia 33083 y otras sentencias con posterioridad teniéndose como las sentencias arquimedicadas SL 1452 SL 1688 del año 2019 en todas estas se reitera si lugar a determinación la trascendente obligación social que tienen las administradoras de fondos de pensiones y la obligación del cumplimiento de las mismas y es por ello que se determinó a la luz de la interpretación la jurisprudencia que ese deber siempre ha existido desde la creación de la ley 100 de 1993 incluso señala que en virtud de lo dispuesto en el art 13 de la ley 100 del 93 como puede entenderse una decisión de afiliación libre y voluntaria respondiendo esta pregunta que necesariamente presupone conocimiento la cual solo se puede alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole ratifico dicha obligación también desde la expedición del art 97 del decreto 663 del 1993 norma incluso anterior de la ley 100 del 93 que estableció que en estas entidades la obligación y cumplimiento del deber de información pues se ha determinado que consiste no solo en los silencios que se guardan de quien gestiona la administración sino también las omisiones que se realizan respecto de otros aspectos que resultan necesarios analizar como las condiciones del régimen el cual se traslada obligación que a la luz de la jurisprudencia también ha determinado que conforme el artículo 1604 del código civil, que quien ha debido emplear el deber de cuidado y diligencia, es quien debe responder por haberlo utilizado y es por ello de la aplicación de las normas de la obligatoriedad en el cumplimiento del deber de información que se ha determinado por la jurisprudencia la inversión de la carga de la prueba inversión, la que si bien en un principio solo había dado la aplicación a esta jurisprudencia en ciertas situaciones particulares es decir en un contingente poblacional de personas que en el momento del traslado tuvieran un derecho consolidado si tenían o no un derecho transicional, incluso si estaban o no próximas a pensionarse, incluso había tenido en cuenta las semanas cotizadas al momento del traslado como efecto positivo para invertir la carga de la prueba; sin embargo las recientes jurisprudencias se ha determinado que ese deber y obligación de información no solo puede circunscribirse a este grupo poblacional si no que debe ser para todos los afiliados en algo que concuerdo es que en todas las sentencias del análisis practico particular los demandantes se encontraban inmersos incluidos en alguna actividad especial de las que anteriormente señalé; sin embargo es la misma jurisprudencia la que no se puede hacer una exclusión de un grupo poblacional particular pues a todos les asiste el derecho a recibir por parte de las administradoras de pensiones como obligación principal el deber de información para cubrir la trascendencia de la obligación y aquí radica el entendimiento también nuevo a los efectos que se predicán en ese sentido si ya se determinó que el deber de información era un factor legal, la jurisprudencia ha determinado que sin el mismo no se puede determinar la creación, naturaleza y convalidación del acto jurídico del traslado pues considera que falta un requisito inescindible para la toma de decisión y es justamente ese factor conceptual el que determina la ineficacia del acto jurídico de afiliación, por eso resulta trascendental las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201800266-01 Dte: EDGARDO FERRO GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

diferencias entre lo conceptual de ineficacia y de nulidad en ese sentido acogiendo este juzgado el criterio auxiliar pero en los términos que lo indique se torna obligatorio en casos donde se presenta analogías fácticas con las aclaraciones correspondientes pero incluso la misma corte a determinado que cada caso en particular debe tener su análisis y su estudio particular a la luz del debate probatorio criterio jurídico que acojo también porque fue apoyo de la jurisprudencia y ahí si resulta un criterio principal es que la misma ley determina las mismas consecuencias y las obligaciones del deber de información a la luz del entendimiento de la ley 100 del 93 es la obligación que siempre estuvo inmersa y que a la luz de las normas indicadas determinan que quien debía cumplir con ese actuar diligentes eran las administradoras de fondos de pensiones analizado a la luz de lo dispuesto y en concordancia con el art 5 del decreto 656 del año 1994 este es el entendimiento jurisprudencial que doy y con base en él, procedo a resolver el presente asunto reiterando entonces que a la luz de lo dispuesto la carga de la prueba correspondía a la debida diligencia a cada una de las administradoras de fondos de pensiones aquí demandadas.

Advirtiéndome que porvenir se presentó la primera afiliación el día 27 de abril del año 1994 respecto del acto jurídico particular realizado en esa fecha a pocos días del inicio de la ley 100 del 93 pues de ello fue aportado tan solo el formulario de afiliación aspecto que fue presentado en la declaración de parte donde se manifestaba que solo se contaba con esa prueba documental de conformidad con esa prueba documental a la luz de la jurisprudencia y a la luz particular en cada caso individual lo primero que debo advertir que para el día 27 de abril de 1994 se encontraba vigente para este asunto o para esta finalidad decreto 1158 del 94; en él se determinaba las obligaciones y la forma en que debía constar el respectivo formato de afiliación con la información allí contenida necesaria y requerida por parte del afiliado también pues se dejaba una constancia de que la afiliación se realizó de manera libre y espontánea sin presiones al régimen de ahorro individual incluso aquí en este formato que se celebró el 27 de abril del 1994 y que ha dado lugar a discusión en esta especialidad pues el mismo no requiere muestra de manera de cuál fue la información que se le dio efectivamente al demandante en este sentido que quien debe tener la obligación de demostración de la carga de la prueba es quien diligencio el formulario aspecto que con solo este documento no se logra determinar y concluir; adicional a ello se tiene las afiliaciones que hizo con posterioridad esto es el día 18 de febrero del año 2004 pero deteniéndome en el hecho relevante del demandante que fue la toma de la decisión del traslado entre regímenes el día 27 de abril de 1994 para efectivamente determinar si se cumplió o no el deber de información con la dificultad documental y solo contar con el formulario de afiliación se tiene que incluso la dificultad probatoria no solo se puede predicar de uno y de otro sin embargo para eso están los medios probatorios y fue justamente lo que solicito las partes demandadas para acreditar que cumplieron con las obligaciones asignadas a ellas dentro de las oportunidades procesales pertinentes de manera particular respecto de los hechos del año 1994 que solo se cuenta con la afirmación del demandante con la explicación de modo y lugar que ocurrió en una oficina de quinta paredes declaración que extendió en el presente proceso en el documento visible a folio 32 donde incluso y por ello es especial énfasis en las preguntas pues allí se afirmó que el asesor le indico que estaba la devolución del dinero si se quería pensionar aspecto que negó en todo momento que hubiera recibido sin embargo pues también uno debe entender el curso del tiempo el señor Orlando garay y la señora que se hizo presente a este despacho rindieron entonces también declaración de parte, ellos afirmaron las circunstancias particulares y fue en razón a estos documentos que me abstuve de recibir sus declaraciones respectivas en ella pues ratifican lo dicho por el demandante pero eso si advierto que sus declaraciones se manifiestan específicamente en el año 1994 de lo dicho por ellos pues se ratifica lo dicho por el demandante frente al monto de la mesada pensional que se podían pensionar con la misma mesada pensional, aspecto que recordó el demandante en interrogatorio realizado por el instituto de seguros sociales y reiteró la devolución del dinero que también desconoció el demandante pero en general estas pruebas con las dificultades que se tienen pues solo el detalle lo narro el demandante respecto de sus manifestaciones en que no se le informo la situación clara y precisa respecto del demandante también debo analizar de manera puntual pues las semanas que tenían al momento de sus traslados que correspondía a un número pequeño de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201800266-01 Dte: EDGARDO FERRO GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

cotizaciones especialmente las cotizadas al 1 abril del 94 contaba con 143 semanas equivalente a 2.74 años y contaba con 35 años de edad aspecto necesario y particular del demandante pues que al parecer no fue tenido en cuenta por el asesor al momento de manifestar la diligencia, no se informó ninguna situación particular que puedan dar fe de que efectivamente se realizó la respectiva o el cumplimiento del deber de información por parte de quien represento u opto como asesor en dicho acto; en consecuencia no encontrado esta situación siendo de la carga de la prueba de las administradoras de pensiones me corresponde determinar que para esa fecha efectivamente se evidenció la omisión de un factor legal necesario para determinar la eficacia de la vida jurídica del acto de traslado la otra pregunta que se circunscribe es si dicha omisión ya acreditada en el plenario puede llegar a ser subsanado con posterioridad fue uno de los aspectos que colocaron en los alegatos de conclusión que lógicamente toca que resolver es si los actos posteriores dan lugar a subsanar el requisito que fue omitido para efectos de determinar la ineficacia respecto de dicha situación y dicha posibilidad pues no se cuenta con una norma sustantiva en nuestra especialidad en los artículos 19 del CST pues corresponde aplicar por remisión sustancial a las normas de otros diferentes especialidades con el fin de determinar si se puede cumplir con dicha situación al efecto de manera puntual y concreta quien refiere de esas posibilidades es art 898 del C.Co norma que en el art 897 determina la ineficacia de pleno derecho incluso esta normatividad con los ajustes que debo hacer a nuestra especialidad incluso allí se dice que no se requiere declaración judicial para subsanar el respectivo acto el art 898 determina la ratificación expresa he inexistencia del artículo anterior resalto que se determina inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su subsanación en razón del acto o contrato que ya lo determine del año de 1994 efectivamente no se cumplió con esa información la ratificación se efectúa a través del tiempo y esta pues lógicamente serían las etapas post contractuales; no acreditado los requisitos en la etapa previa en el caso particular del demandante.

Con las pruebas aportadas por ambas partes a folio 14 esta la afiliación que realizó en el mismo régimen en la administradora del fondo de pensiones old mutual el día 18 de febrero de 2004, no se encuentra con otra prueba documental adicional al formulario como lo manifestó la representante legal de dicha entidad al momento de rendir declaración de parte pruebas que se aportaron sin embargo pues en este punto haciendo uso de la facultad probatoria las partes demandadas solicitaron el interrogatorio de parte y sin duda alguna se constituía en un punto similar al determinar por parte de él que ocurrió en los respectivos traslados que realizó de manera horizontal en el mismo régimen de ahorro individual con solidaridad con respecto de la afiliación que realizó en skandia el 18 de febrero de 2004 fue muy enfático en señalar la forma que da el conocimiento de tiempo modo y lugar con la etapa previa incluso posterior es decir inicialmente conoció a una vecina suya del mismo edificio señaló que era del mismo piso quien le afirmó que ella laboraba al servicio de dicha entidad y que esa entidad era la que tenía mejores rendimientos financieros en esa circunstancia en particular previa a la información acordaron día para verse para tener cita, frente a este particular asunto explicó de manera detallada el conocimiento que le fue informado para esa respectiva fecha del 18 de febrero del año 2004 la motivación principal siempre fue el rendimiento pero el rendimiento lo explico en la escala de inversión y riesgo del mismo respecto de los puntuales parámetros establecidos en el régimen de ahorro individual con solidaridad incluso allí explicó que se le señaló que esta circunstancia particular incrementaría el volumen de ahorro que tenía una cuenta de ahorro individual, si bien el demandante no manifestó alguna duda respecto de la posibilidad de trasladarse a otro régimen pensional por lo menos de lo allí indicado si se tiene que se le expreso de manera clara las circunstancias particulares y también lo dicho por el demandante de manera detallada las operaciones y la decisión que en virtud de las características particulares del régimen se trasladó ya con posterioridad porvenir el día 15 de junio del año 2007 afirma que se trasladó también por información obtenida de la disminución comercial productiva de la administradora de pensiones skandia y que ello fue lo que lo motivo a trasladarse del fondo de pensiones provenir interrogado respecto de cual fue el acto que realizo para tal firma manifestó no conocerlo no sabe si se hizo directamente en la entidad pero en todo caso afirmo que el ya conocía las consecuencias particulares



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201800266-01 Dte: EDGARD FERRO GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

y por eso se traslada acto seguido en la misma declaración, se interrogó si había hecho otro acto en el régimen de ahorro individual con solidaridad y afirmo que sí que efectivamente realizo aportes voluntarios que realizo con beneficios fiscales para la disminución de impuestos, directamente con su empleador; de dicha circunstancia particular no tengo documento en donde refiera en que momento inicio la cotización voluntaria pero de conformidad con el documento visibles a folios 118 del plenario se tiene que en la certificación que allí se indica por lo menos hasta la fecha en que estuvo afiliado con old mutual, registra un traslado de cotizaciones voluntarias que adicional se reflejan en el último reporte de semanas cotizadas donde ya se determina la comisión de aportes voluntarios los actos posteriores a la celebración del contrato inicial donde no tengo elementos de juicio para determinar que se cumplió con el deber de información a la luz de los actos post contractual y en estricto sentido por los actos positivos realizados por el demandante considero que se subsana frente a dicha situación y en especial lo afirmado por el demandante en la asesoría que tuvo para el año 2004 explicación detallada que le hicieron respecto al régimen de ahorro individual con solidaridad en el año 2007 si bien no manifestó que se le realizo una asesoría respecto a que desde el 2004 se le había indicado de manera puntual y concreta los efectos del traslado o los beneficios que podría tener en el régimen de ahorro individual con solidaridad, donde el demandante manifiesta conocer y pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, fue la decisión que tomo para efectos de constituir aportes individuales que le llevaron a obtener una disminución en los impuestos tal como lo indico y lo utilizo como estrategia comercial lo que evidencia un aprovechamiento también intencional de las características propias del régimen individual con solidaridad que da efectivamente a convalidar el requisito que previamente no se encontró demostrado; aclarado lo anterior entonces considero que se sana la situación inicialmente presentada advirtiendo pues que convalidada dicha situación nace a la vida tal acto para la prosperidad correspondía la acción de nulidad y para ello obligatoriamente era necesario acreditar que se dieron los vicios del consentimiento a la luz de lo dispuesto en el art 1508 del C.C. respecto de los cuales advierto que para la fuerza y dolo no se manifiestan ninguna situación en concreto si no que es el error frente a la calidad del objeto en que se podría ubicar el vicio del consentimiento anteriormente indicado sin embargo son las mismas circunstancias lo anteriormente señaladas que dan lugar a desestimar las pretensiones de la demanda y si bien en procesos distintos a estos y cumpliendo la obligación de revisión en el caso particular al cumplimiento de mi función judicial en algunas oportunidades no aplico la subsunción y la respectiva ponderación el desconocimiento de la ley no sirve de excusa a la luz de lo dispuesto en el art 9 del código civil pero en este acto particular por las situaciones y probanzas anteriormente indicados considero que este principio legal no da lugar a subsanar los actos anteriormente indicados y en especial los actos volitivos que ratificaron su afiliación en los términos señalados adicional a ello que el el artículo 1509 al tratar sobre un error sobre un punto de derecho no da lugar ni vicia el consentimiento, argumento que es utilizado por las demandadas incluso ratifico el demandante pues él considera que el mayor perjuicio que se genera es en las mesadas pensionales, se presentaría en una mesada de 2500000 se llama la atención es que se hace énfasis se tiene que allí se toma el ingreso base los aportes desde 2016 hasta el año 29 de agosto de 2021 con la variación. Que para cumplir se está dando unas semanas a futuro sin que estas estén dadas para cumplir el requisito de las 1300 semanas en consecuencia, se absolverá a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Indicó la parte **demandante:**

“Al proceso se trajeron varios presupuestos procesales entre ellos se demostró que los fondos nunca dieron una información clara veraz y oportuna con la cual el pudiera



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201800266-01 Dte: EDGARDO FERRO GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

tomar una decisión para su derecho pensional, se demostró que se le prometieron condiciones pensionales muy superiores a las que realmente le correspondían se demostró también como acceder a esas condiciones superiores a él no se le informó de qué forma se construía su pensión para que el supiera que el monto en el régimen de prima media era superior, tampoco se le informó de qué forma podía acceder a una pensión anticipada; es más lo dicho por el mismo demandante él se enteró que había una devolución de saldos que también podía acceder hace unos pocos días a porvenir a pedir información adicional; además de esto lo que afirmó la corte suprema de justicia en sendas jurisprudencias no es el afiliado al que le corresponde estar detrás de un fondo pensional que tiene la información clara para brindársela a él si no que el fondo debe acercarse al afiliado y tanto es que la Corte afirma que la información de que este deber de información debe darse antes de la fecha de afiliación durante y después de la afiliación no es solamente que lo afilien a un fondo de pensiones y esperar a que este siga cotizando hasta que construya su pensión sino que el fondo en todas esas etapas del proceso debe acompañar al afiliado, ir indicándole cuales han sido los cambios cuales son las condiciones que mejor le beneficien; ahora se debe tener en cuenta que en este proceso si hubo un dolo al momento de la afiliación inicial cuando a una persona solamente se le informan los beneficios para la pensión y no se le informa que el régimen de prima media en este caso también tiene unos casos que lo pueden beneficiar es donde está demostrado totalmente ese dolo, al omitir información necesaria para que la persona pueda tomar una mejor decisión se tiene que tener en cuenta también en el mismo proceso el dicho por el demandante hizo unas cotizaciones voluntarias sin embargo en este tema fue impuesto por el empleador para manejar un tema de impuestos y no fue porque él tuviera una información de aportes voluntarios que pudieran mejorar su mesada pensional en el futuro, esas mesadas pensionales si le sirven a él pero no es que él tuviera un conocimiento porque la administradora de pensiones lo hubiera asesorado en ese sentido entonces están dados todos los presupuestos procesales para que se declare la nulidad de la afiliación y para que el tribunal pueda revocar el fallo y conceder la totalidad de las pretensiones de la demanda”.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá, conforme el recurso de apelación planteado, si existió ineficacia en el traslado de régimen efectuado por el demandante al RAIS.

Frente a este aspecto, se tiene que lo pretendido por el señor Édgard Ferro, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante Porvenir S.A., el 27 de abril de 1994, conforme se verifica a folio 82 del expediente, así como las afiliaciones efectuadas con posterioridad a ese régimen; para que en su lugar COLPENSIONES acepte la filiación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201800266-01 Dte: EDGARDO FERRO GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como para estos casos como bien lo señala la recurrente y contrario a lo indicado en sus alegaciones por la demandada Porvenir S.A., **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, pues el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201800266-01 Dte: EDGARD FERRO GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

demandante, al rendir interrogatorio, señaló que no conocía de las consecuencias que le traía el hecho de su traslado.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a la demandada PORVENIR S.A. con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el actor como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201800266-01 Dte: EDGARDO FERRO GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo - artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".
(Negrilla fuera del texto original)

Es así como si bien la decisión de instancia señala que el traslado del RPM al RAIS, que se diera con ocasión de la afiliación del actor a Porvenir S.A., el 27 de abril de 1994, no estuvo precedida del deber de información; a conclusión igual se llega por esta Sala, en tanto se itera, esta demandada no demostró el suministro de la información en los términos señalados; no obstante, el juzgador indica que en el traslado que efectuara el actor de Porvenir S.A. a Old Mutual en el año 2004, ese señaló en interrogatorio de parte que le habían indicado las características del RAIS, lo cierto es que dichas características, se enmarcaron únicamente en el campo de los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201800266-01 Dte: EDGARD FERRO GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

beneficios propios de ese régimen pensional, como la pensión anticipada en caso de que efectuara aportes voluntarios, quedando claro con dicha declaración, que no se le manifestó desventajas de su traslado, ni características del RMP ni beneficios de permanecer en este.

A su vez, del criterio jurisprudencial antes mencionado, se extrae que contrario a lo afirmando por Porvenir S.A. en sus alegaciones, en cuanto que para la fecha del traslado del actor, no estaba obligada a cumplir con el deber de información, las APF, desde su creación por la Ley 100 de 1993, sí estaban obligadas a ello.

Conforme lo anterior y en gracia de discusión si se tuviera por satisfecho el deber de información respecto de la afiliación que efectuara el actor en el año 2004, la cual se itera, tampoco se probó haberse efectuado en debida forma, tal circunstancia, no subsana la ineficacia de que ya adolecía su traslado al RAIS, desde el año de 1994, data para la cual se afilió a Porvenir S.A., precedente del RAIS; como a su vez lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento radicado 68913 de fecha 31 de julio de 2019:

“Ahora bien, el hecho de que el demandante se hubiese trasladado a la AFP BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías el 1° de mayo de 2000, la Sala considera que este supuesto no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por las siguientes razones: primero, porque el traslado al RAIS gestó la pérdida los beneficios derivados del régimen de transición puesto que no los podía recuperar por no contar con 15 años de servicios para el 1° de abril de 1994; y segundo, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información (CSJ SL1688-2019).

Al efecto se memora, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que la falta de información no se subsana por los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en el régimen de ahorro individual con solidaridad, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 Sept. 2008, rad. 31989; reiterada en la sentencia del 22 de noviembre de 2011, rad. 33083. (Negrilla fuera del texto original)

De tal manera y contrario a lo afirmado por el Juzgador de instancia, la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201800266-01 Dte: EDGARD FERRO GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

omisión en el deber de información en que incurrió Porvenir S.A., en el año de 1994, no se puede tener por subsanada con el traslado que efectuara el actor a Old Mutual 10 años después, administradora que tampoco demostró el suministro de dicha información en debida forma.

Es por ello que le asiste razón al recurrente, pues como también lo manifiesta en sus alegaciones, la Administradora de Pensiones demandada, PORVENIR S.A., a la que se trasladó en primer momento el actor, no demostró cómo le correspondía que manifestó a esta las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual, lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose **revocar** la sentencia proferida, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado al RAIS efectuada por el señor Edgard Ferro González, así como el subsiguiente dentro de dicho régimen, ordenándole igualmente, efectuar el traslado de los dineros depositados en la cuenta individual del demandante, junto con rendimientos y dineros descontados de su cuenta de ahorro por concepto de gastos de administración.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES DEL PROYECTO APROBADO UNÁNIMEMENTE POR LA SALA.

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a autorizar a COLPENSIONES para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de Porvenir S.A.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201800266-01 Dte: EDGARD FERRO GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que el demandante efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 27 de abril de 1994, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada PORVENIR S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado el demandante Édgard Ferro González, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado del señor Édgard Ferro al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: REVOCAR la condena en costas impuesta en primera instancia para que en su lugar queden a cargo de la demandada PORVENIR S.A., y en favor del demandante.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201800266-01 Dte: EDGARDO FERRO GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

(salva voto parcial respecto la autorización dada a Colpensiones para que inicie acción judicial)

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37201800266-01 Dte: EDGARDO FERRO GONZÁLEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Me aparto parcialmente de lo resuelto por la mayoría de La Sala en sentencia compartida en lo que tiene que ver con la autorización a COLPENSIONES, para iniciar acciones judiciales; pues es un asunto que no le compete al Juez, es de la autonomía de las entidades determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder, iniciar o no las acciones pertinentes.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'R' followed by a horizontal line and a small flourish.

MARLENY RUEDA OLARTE

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 31 2019 00015 -01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: PAULINA AREVALO ALVARADO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y uno Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 12 de junio de 2019, por la apelación, presentada por el apoderado de la parte actora.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior para presentar alegaciones, se recibieron por vía correo electrónico, las de la parte actora y demandada PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 0015 01 Dte: PAULINA AREVALO
ALVARADO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

La señora PAULINA AREVALO ALVARADO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación realizada a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y válida la realizada ante COLPENSIONES y en consecuencia de ordene recibirla en nuevamente. Así mismo solicita la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora junto con los rendimientos causados y se condene a las demandadas en uso de las facultades extra y ultra petita (fls.20)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Nació el 21 de febrero de 1966
- Que realizó cotizaciones al ISS desde el 1 de mayo de 1986 al 31 de agosto de 1995.
- Que el 26 de septiembre de 1995 efectuó traslado a COLFONSOS, en donde actualmente se encuentra afiliada.
- Que el fondo privado no la asesoró ni le dio información al momento del traslado inicial del sistema pensional en que se encontraba, cuales eran los requisitos para pensionarse en ese sistema de acuerdo a su historia laboral.
- Que no se le suministró un cálculo actuarial; que no le informó que el valor de su pensión dependía de la modalidad de retiro programado.
- Que no le indicaron que el reconocimiento de su pensión a los 57 años de edad, dependía del monto de los aportes que tuviera en su cuenta de ahorro individual.
- Que no le indicaron que para acceder a una pensión superior, debía continuar cotizando durante un tiempo mayor.
- Que el fondo privado faltó de manera total del deber profesional de información y no estudió o analizó las circunstancias particulares de la actora, por lo que la misma fue asaltada en su buena fe.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 0015 01 Dte: PAULINA AREVALO
ALVARADO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- Que elevó solicitud de nulidad ante el fono privado y Colpensiones, pero fueron despachadas desfavorablemente. (fl.- 7-12)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 4 y 24 para los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta e causa para pedir, buena fe, prescripción de las acciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fl. 79 - 90).

Por su parte, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1 a 6, 20 a 25 y 27, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe. (fl. 99 - 105).

Finalmente COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 5, 6, 12 y 13, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de validez de la afiliación a COLFONDOS, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, la innominada o la genérica. (fl. 138 - 156).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, ABSOLVIÓ a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora. (fl.95).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que se encontraba probado el hecho del traslado de la demandante del RPM al RAIS,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 0015 01 Dte: PAULINA AREVALO
ALVARADO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

traslado que aparecía consagrado en la Ley 100 de 1993, como un acto jurídico por lo que como tal debía reunir los requisitos de capacidad causa y objeto lícito, que respecto a estos dos últimos, al aparecer consagrado el traslado en la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, se estaría frente a un objeto y causa lícita; Señaló que el artículo 174 del C.C., consagra 2 clases de nulidad, absoluta y relativa, la primera reducida a las causales contenidas en el artículo 1741 del C.C., (objeto ilícito, causa ilícita, la omisión de alguno de los requisitos o formalidades que las leyes prescriban para el valor de ciertos actos o contratos en consideración de la naturaleza de los mismos y la incapacidad absoluta), y la segunda, en el inciso final de la misma norma vicios que se predicen como derivados de una nulidad relativa o incapacidades particular, como por ejemplo, las que impone la Ley a ciertas persona para ejecutar algunos actos, los emanados del consentimiento, valga decir, el error, la fuerza o el dolo y la lesión enorme en ciertos casos. Que en cuanto a la capacidad, para la fecha del traslado, era completamente capaz y si bien era extranjera, al ser mayor de edad era capaz ante el ordenamiento nacional, a menos que mediara declaración de interdicción.

Que la demandante había señalado que le habían informado que en el RAIS, se podría pensionar en cualquier momento, que en el presente caso no se demuestra por parte de la actora la existencia de algún vicio del consentimiento, como el error, la fuerza o el dolo.

Que en el formulario de afiliación se expresaba que había aceptado las consecuencias del traslado, pues este contenía la cláusula según la cual, se hacía constar que realizaba la escogencia del RAIS de forma libre, habiendo sido informada adecuadamente sobre dicho traslado, que las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia sobre los mismos asuntos, no eran similares al caso de la actora, pues estos, tenían expectativas legítimas de pensionarse cuando se trasladaron, lo que no ocurría para el caso de la demandante, quien no es beneficiaria del régimen de transición.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 0015 01 Dte: PAULINA AREVALO
ALVARADO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Así las cosas ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones señalando que la actora no demostró que se le hubiese dado información contraria a la realidad.

DEL RECURSO DE LA PARTE ACTORA

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interponer recurso de apelación, señalando:

“No compartiendo ninguno de sus conceptos plasmados como consideraciones por considerarlos un error, me permito interponer recurso de apelación de conformidad con el artículo 66 del código procedimiento laboral aquí lo que se trata es de una nulidad porque no se cumplieron los parámetros que debe haber cumplido los fondos de pensión y no lo hizo un Lego cómo es la demandante, aquí se está diciendo que no hizo la demandante si ella hace referencia y que fue todos los días desconociendo al asesor jurídico que debió haberse traído a este proceso, allegar su hoja de vida haberse conocido sus capacidades para dar una asesoría adecuada y brilla por su ausencia cualquier prueba que demuestre que hubo por parte de las demandadas información suficiente clara y precisa para que tomará la decisión de su cambio de sistema pensional y no lo hay y solamente se dedica el despacho en la sentencia en sus consideraciones a decir que pudo haber hecho y que no hizo y se le olvidó lo fundamental que era establecer en qué consistió la asesoría que le dio el fondo pensional a la demandante, brilla por su ausencia cualquier información que se le haya suministrado porque no lo intentó si quiera probar las declaraciones son muy precisas de la demandante, que iba todos los días a la entidad y de tanto ir eso, no quiere decir que le haya dado alguna información simplemente le firmó el formulario que ya estaba cansada de verla todos los días en la oficina molestándola de qué firmara que firmará hasta que decidió firmar en los alegatos que yo presente hago la colación de que se pasó de un fondo a otro sin cumplir el artículo lo 13, guardó silencio el despacho porque para el despacho de eso no tenía ninguna trascendencia que se pasará antes de los tres años como lo señala el artículo 3 de la ley 100 pero eso no tuvo ninguna trascendencia, que los fondos de pensiones hayan guardado silencio con relación a su obligación de dar la información clara precisa y concisa con relación a esta situación si firmo uno o dos formularios



**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 0015 01 Dte: PAULINA AREVALO
ALVARADO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

de traslado de un sistema y después de un fondo es mucha la jurisprudencia ha sido muy clara al respecto el solo hecho de firmar un formulario no quiere decir o no se ha probado que efectivamente se le dio la información que correspondía aquí lo que tenía el despacho era analizar si se dio la información o no pero sí empezó fue analizar qué fue lo que hizo esta señora demandante en el momento en que firmó y nunca se mostró ni se ha demostrado que se le dio la información y porque no se ha demostrado por qué no ha leído ninguna información ahora tomaré en cuenta lo que ella manifestó que iba todos los días a una persona haya la entidad a mirar a ver si le firman el formulario no eso no es porque se le señala posteriormente que firmó otro formulario que no revisó que fue negligente, pues claro todos los trabajadores de Colombia donde tienen clientes que mirar sus estados de afiliación y de cotización porque no les interesa inocua cuando se van a pensionar eso es culturales o no estamos viendo en Suiza o en otro país estamos viendo en Colombia que simplemente lo que se está buscando es conseguir trabajo y se firman los formularios que le indiquen que deben llenar para darle el trabajo sino los firma pues no le dan el trabajo, entonces la falta información es un error del despacho no haber analizado la falta de información por parte de la empresa por que hizo lo que hizo la demandante para efectos de negarle su derecho a una pensión digna porque no se justifica que los fondos de pensiones se enriquezcan con la plata de los trabajadores manteniéndola durante 26 años que son el tiempo que se requiere para pensionarse y después cuando ya están pensionado seguir cobrando unos gastos de administración por este concepto y a las personas tener que llegar a recibir un salario mínimo tengo la certeza absoluta su señoría que ninguno en este recinto se quiere pensionar con un fondo privado. Entonces por el principio de favorabilidad debe analizarse cuál era el valor de la pensión que le estaba ofreciendo en el fondo privado y Cuál era el que tiene derecho en el tema de prima media con prestación definida Y sí es cierto no tenía que usado el derecho en el momento de la afiliación simplemente están un sistema que le garantizaba que se pensiona va a una determinada y con un mínimo de semanas lo que no ocurre con el sistema financiero que depende los vaivenes de la economía y de los aportes económicos que solicitó a los honorables magistrados que al momento de proferir el fallo se tengan en cuenta los últimos fallos de la Corte Suprema de Justicia en relación con la claridad meridiana que han hecho con relación a la firma de los formularios el solo hecho de firmar formularios no acredita que se le ha dado la información al demandante y la obligación y el deber de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 0015 01 Dte: PAULINA AREVALO
ALVARADO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

demostrar la carga de la prueba era demostrar por parte de los fondos que ellos dieron la información pero nunca lo probaron nunca se interesaron en aportar ninguna prueba el demandante en el interrogatorio no demuestro absolutamente ninguna información que le han suministrado se presume por parte del despacho que si le dieron información pero es que la presunción no demuestra con certeza que se le ha dado la información a la demandante por eso es el objeto de este proceso de que se anule porque no se cumplieron los requisitos por parte de los fondos privados de darle la información que ella requería para tomar una determinación Y eso de que ella es especializada en economía claro que sí ella tuvo que trabajar y estudiar y después de 15 años de haberse afiliado al sistema de ahorro es que pudo terminar sus estudios de economía por lo tanto traer a colación de que ella era economista o es economista en este momento pero no lo era en el momento eso no tiene ninguna una trascendencia entonces solicitó a los honorables magistrados que al momento de proferir el fallo tengan en cuenta toda la jurisprudencia al respecto y que se tenga en cuenta que no se mostró ninguna comunicación ninguna claridad que le hayan hecho o asesoría que le hayan hecho a la demandante para que tomará la decisión de efectuar el traslado y como consecuencia de ello hay lugar al que se decrete la nulidad y se ordene el traslado al sistema de prima media Gracias.”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora PAULINA AREVALO ALVARADO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, en el 26 de septiembre de 1995 y posteriormente el cambio de fondo que realizara a COLFONDOS en el mes de octubre de 1999; para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 0015 01 Dte: PAULINA AREVALO
ALVARADO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 0015 01 Dte: PAULINA AREVALO
ALVARADO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos como bien lo señala el apoderado de la parte actora en su demanda y en sus alegatos de conclusión, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por la demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 0015 01 Dte: PAULINA AREVALO
ALVARADO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por la actora como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que **NO** coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 0015 01 Dte: PAULINA AREVALO
ALVARADO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Aunado a los anterior, no es dable señalar que al haber realizado con posterioridad al traslado de régimen un cambio de fondo, se pueda presumir que la información le fue brindada desde el principio, es decir desde el propio acto del traslado de régimen y era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a ésta las desventajas o los aspectos desfavorables que podrían ocurrir como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **REVOCAR** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, para en su lugar, declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** al RAIS que efectuara la demandante a través de formulario de afiliación suscrito con Horizonte S.A. hoy PORVENIR S.A. el 26 de septiembre de 1995, y el posterior traslado de fondo realizado a COLFONDOS S.A. en el mes de



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 0015 01 Dte: PAULINA AREVALO
ALVARADO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

octubre de 1999, ordenando a la demandada COLFONDOS S.A., a efectuar el traslado de los aportes recaudados como consecuencia de tal afiliación, junto con sus rendimientos y gastos de administración a órdenes de la demandada COLPENSIONES.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA.

Consideran los restantes Magistrados que conforman la Sala, que es necesario autorizar a COLPENSIONES para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia, quedarán a cargo de la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante efectuó la demandante, PAULINA AREVALO ALVARADO a l régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 26 de septiembre de 1995, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLFONDOS S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado la demandante PAULINA AREVALO ALVARADO, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 0015 01 Dte: PAULINA AREVALO
ALVARADO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración, dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la señora PAULINA AREVALO ALVARADO al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: REVOCAR la condena en costas impuesta en primera instancia para que en su lugar queden a cargo de la demandada PORVENIR S.A., y en favor de la demandante.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

(salva voto parcial respecto de la autorización dada a Colpensiones para que inicie acción judicial)

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 0015 01 Dte: PAULINA AREVALO
ALVARADO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hugo Alexander Ríos Garay'.

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2019 0015 01 Dte: PAULINA AREVALO
ALVARADO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Me aparto parcialmente de lo resuelto por la mayoría de La Sala en sentencia compartida en lo que tiene que ver con la autorización a COLPENSIONES para iniciar acciones en caso de sufrir perjuicios ya que este es un asunto que no le compete al Juez, es de la autonomía de las entidades determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder e iniciar o no las acciones pertinentes.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Marleny Rueda Olarte', written in a cursive style.

MARLENY RUEDA OLARTE

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 31 2018 480 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GLORIA PATRICIA BUTOS CHAVES
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y uno Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 18 de junio de 2019, por la apelación, presentada por el apoderado de la parte actora.

Previo a continuar con el trámite del proceso, la Sala informa a la parte actora que para la resolución del recurso objeto de estudio, no se tendrá en cuenta el memorial allegado a esta corporación y que denominó “*sustentación al recurso de apelación*” (fl.- 384), como quiera que de conformidad con el art. 66 del C.P.L.y de la S.S. la sustentación debe realizarse de manera oral una vez se notificó la decisión en primera instancia, por lo que solamente se tendrán en cuenta en la presente decisión, los argumentos esbozados ante el Juez de Primer Grado.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018 00480 01 Dte: GLORIA PATRICIA BUSTOS
CHAVES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recepción por vía correo electrónico, los de la parte actora.

ANTECEDENTES

La señora GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación realizada a la PORVENIR S.A. y válida la realizada ante COLPENSIONES y en consecuencia de ordene a porvenir el traslado de los saldos que por aportes pensionales se encuentren consignados en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES; igualmente solicita se ordene o condene a esta última a aceptar dichos dineros (fls. 7-8)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que realizó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES desde el día 15 de marzo de 1989.
- Que a la entrada en vigor de la ley 100 de 1993, fue abordada por un funcionario de PORVENIR S.A. el cual la indujo de manera equivocada al traslado de régimen pensional.
- Que jamás manifestó por escrito a la demandada PORVENIR su deseo de trasladarse a dicho fondo de manera libre y voluntaria.
- Que ante la insistencia el funcionario procedió a suscribir el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., el 1 de mayo de 1996, sin que hubiese sido informada en debida forma por el funcionario sobre las implicaciones de su traslado.
- Que no se le suministró una información suficiente, completa, clara y comprensible acerca de las implicaciones del traslado, así como



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018 00480 01 Dte: GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

tampoco se le informó que su mesada pensional sería inferior, ni tampoco las diferencias entre cada uno de los regímenes pensionales.

- Que no le indicaron que para acceder a una pensión superior, debía continuar cotizando durante un tiempo mayor.
- Que fue asaltada un su buena fe, por parte de la AFP.
- Que elevó peticiones ante PORVENIR y COLPENSIONES a fin de que se declarara la nulidad, pero las mismas fueron despachadas de manera desfavorable. (fl.- 8-15)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 3, 35 a 37, 40, 43 y 44, para los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobo de lo no debido, buena fe e inexistencia del derecho por falta de causa y título para pedir. (fl. 124 - 130).

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que es cierto el enlistado en el numeral 43, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones reclamadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de trato sucesivo y enriquecimiento sin justa causa. (fl. 144 - 156).

En audiencia de fecha 13 de diciembre de 2018 (fl.- 193), se ordenó vincular a la presente acción a la AFP COLFONDOS S.A., quien una vez notificada, en escrito de contestación se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, y señaló que mediante certificación obrante a folio 321 del plenario se evidenciaba que la actora nuevamente se había trasladado a la AFP PORVENIR S.A. Respecto de los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 30, 31 y 33, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones falta de legitimación en 1 causa



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018 00480 01 Dte: GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

por pasiva, no existe causal de nulidad, prescripción de la acción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier nulidad, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, obligación a cargo de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (fl. 289-313).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, ABSOLVIÓ a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora. (fl.380).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en primer lugar que la ley 100 de 1993 organiza el sistema de seguridad social integral y establece regímenes pensionales claramente diferenciados el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad el artículo primero la ley 100 de 1993 sobre el objeto de la ley 100 dispone garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana mediante la protección de las contingencias que la afecten dicho sistema comprende las obligaciones del estado y la sociedad a las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura las prestaciones de carácter económico de salud y servicios complementarios materia de esta ley y otras que se incorporen normativamente en el futuro. La Corte Constitucional sobre el derecho a la seguridad social que aparece establecido en artículo 48 de la constitución política en la sentencia C 986 habla de este tema señala las características y requisitos del mismo.

Al revisar la documental aportada al expediente tendríamos que determinar en qué régimen pensional se encuentra actualmente afiliada la demandante a folio 70 del plenario aparece una historia laboral de la demandante en donde se indica que encontrándose inicialmente en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES en donde cotizó 249 semanas se trasladó al régimen de prima media con prestación definida cotizando 360 semanas en una administradora y finalmente 747



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018 00480 01 Dte: GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

semanas cotizadas en PORVENIR al revisar la documental agregada al expediente lo primero que debe advertirse es que el traslado de régimen de la demandante esto es cuando se traslada el régimen de lo individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida no se hizo como equivocadamente se indiquen los hechos de la demanda primigenia a Porvenir, ya que dentro del expediente a folio 158 del plenario aparece una solicitud de vinculación a la entidad INVERTIR FUTURO PENSIONES, del 15 de mayo del año 1996 por lo que de la documental obrante al folio 158 del expediente lo que se puede concluir válidamente es que el traslado del régimen de la demandante se realizó frente a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías INVERTIR organismo cooperativo y no se hizo como primigeniamente se hizo frente a Porvenir ni frente a COLFONDOS procesos de fusión empresarial la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías INVERTIR organismo cooperativo por las responsabilidades adquiridas por los afiliados adquiridos por esta entidad posteriormente hayan sido asumidos por COLFONDOS porque conforme a documental obrante al folio 160 del expediente que es el historial de traslado desde la demandante aparece que la afiliación primigenia fue a Horizonte posteriormente de horizonte se traslada COLFONDOS de COLFONDOS se traslada a PORVENIR y esta precisión es importante anotar la de otro lado en el momento en que la demandante se traslada también laboraba en un organismo del sector cooperativo porque eso es lo que aparece consignado en el formulario de traslado.

Señala que el cambio a dicho fondo fue de manera libre y voluntaria en virtud con el documento obrante al folio 158 el expediente documento que no fue tachado de falso ni fue desconocido por la parte actora y dentro de ese documento reiterando que era un organismo del sector cooperativo sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías INVERTIR ORGANISMO COOPERATIVO aparece dicha anotación.

Que en los hechos de la demanda no se dice de manera alguna que INVERTIR ORGANISMO COOPERATIVO no le haya dado información, todo el despliegue dentro los hechos de la demanda que constituyen negaciones



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018 00480 01 Dte: GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

indefinidas están encaminados a indicar las falencias en que incurrió PORVENIR y COLFONDOS reiterando entonces que nada se dice sobre la actividad desplegada por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías INVERTIR ORGANISMO COOPERATIVO que fue precisamente frente a dicha entidad a la que se realizó el traslado de régimen por lo que al no haberse ni siquiera mencionado ni en los hechos de la demanda ni en los hechos de la Reforma de la demanda que fue el traslado de régimen con invertir que se hizo primigeniamente pues tampoco se le imputaron incumplimientos a este traslado primigenio.

Posteriormente señala que se encontraba probado el hecho del traslado de la demandante del RPM al RAIS, traslado que aparecía consagrado en la Ley 100 de 1993, como un acto jurídico por lo que como tal debía reunir los requisitos de capacidad causa y objeto lícito, que respecto a estos dos últimos, al aparecer consagrado el traslado en la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, se estaría frente a un objeto y causa lícita; Señaló que el artículo 174 del C.C., consagra 2 clases de nulidad, absoluta y relativa, la primera reducida a las causales contenidas en el artículo 1741 del C.C., (objeto ilícito, causa ilícita, la omisión de alguno de los requisitos o formalidades que las leyes prescriban para el valor de ciertos actos o contratos en consideración de la naturaleza de los mismos y la incapacidad absoluta), y la segunda, en el inciso final de la misma norma vicios que se predicen como derivados de una nulidad relativa o incapacidades particular, como por ejemplo, las que impone la Ley a ciertas persona para ejecutar algunos actos, los emanados del consentimiento, valga decir, el error, la fuerza o el dolo y la lesión enorme en ciertos casos. Que en cuanto a la capacidad, para la fecha del traslado, era completamente capaz y si bien era extranjera, al ser mayor de edad era capaz ante el ordenamiento nacional, a menos que mediara declaración de interdicción.

Que la demandante había señalado que le habían informado que en el RAIS, se podría pensionar en cualquier momento, que en el presente caso no se demuestra por parte de la actora la existencia de algún vicio del consentimiento, como el error, la fuerza o el dolo.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018 00480 01 Dte: GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Que en el formulario de afiliación se expresaba que había aceptado las consecuencias del traslado, pues este contenía la cláusula según la cual, se hacía constar que realizaba la escogencia del RAIS de forma libre, habiendo sido informada adecuadamente sobre dicho traslado, que las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia sobre los mismos asuntos, no eran similares al caso de la actora, pues estos, tenían expectativas legítimas de pensionarse cuando se trasladaron, lo que no ocurría para el caso de la demandante, quien no es beneficiaria del régimen de transición.

Así las cosas ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones señalando que la actora no demostró que se le hubiese dado información contraria a la realidad.

DEL RECURSO DE LA PARTE ACTORA

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interponer recurso de apelación, señalando:

“Me permito presentar recurso de apelación sobre la sentencia proferida por el despacho en los siguientes términos: los fondos privados INVERTIR FUTURO PENSIONES y HORIZONTE ya no existen como personas jurídicas los efectos jurídicos de los contratos y demás negocios que sobre pensiones hayan realizado con los cotizantes los asumió el fondo PORVENIR y por eso fue la llamada al proceso, ya que es el llamado a responder como en el presente caso, igualmente se sitúa COLFONDOS porque mi representada estuvo vinculada desde el 1° de junio de 2000 hasta el 31 de mayo de 2007 y en esa fecha cuando se trasladó para PORVENIR y PORVENIR o los asesores de Porvenir debieron en ese momento pues darle una asesoría confiable que nunca existió, Así mismo en los interrogatorios formulados tanto por COLPENSIONES por COLFONDOS como por propio PORVENIR en ningún momento se le interrogó a mi representada sobre la asesoría en INVERTIR FUTURO y esto no confirma que si no se le hizo los interrogatorios pues entonces se haya consolidado que ella hubiera recibido una asesoría eficaz y confiable de los interrogatorios y testimonios se infiere lógicamente que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018 00480 01 Dte: GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

PORVENIR ni los otros fondos nunca le dieron una asesoría como lo ha reiterado en diferentes sentencia la Corte Suprema de Justicia sala laboral así mismo quedó demostrado en el debate probatorio que las demandadas jamás vieron a mi representada una doble asesoría que hubiera resultado suficiente clara, veraz y oportuna, precisa, necesaria o comprensible sobre las implicaciones del traslado del instituto de los seguros sociales al hoy fondo privado PORVENIR que le hubiera permitido tomar una decisión suficientemente informada sino que por el contrario la primera es decir el seguro social guardó silencio frente al traslado y fondo privado COLFONDOS y posteriormente PORVENIR le entregaron información confusa e imprecisa que crearon en mi representada una falsa expectativa sobre unos beneficios inexistentes especialmente como ella lo ha manifestado que en efecto podría pensionarse a la edad que ella ligera sin afectar el monto que recibiera de suspensión frente a un salario como trabajador activa se desconoció la disposición del artículo 13 de la ley 100 de 1993 sobre el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones un deber que le es exigible desde su creación en armonía con el numeral primero del artículo 37 del decreto 663 de 1993 el artículo tercero de la ley 1328 de 2009 el decreto 2241 de 2010 los artículos 26 y 10 y subsiguientes del decreto 2555 de 2010 en relación con la obligación que tienen las entidades vigiladas por la superintendencia financiera de entregar a sus usuarios información clara, transparente, oportuna, precisa y adecuada asesoría sobre las bondades de los servicios que ofrecen entre los que se encuentran los cotizantes al régimen pensional con mayor rigurosidad tal exigencia para los fondos administradores de pensiones pues de su ejercicio depende ni más ni menos intereses tan sensibles como la protección del mínimo vital para la protección de la vejez, invalidez y muerte como ocurre en el caso de mi representada, en donde hoy de acuerdo con el monto de la pensión establecida por el fondo PORVENIR recibiría una posible pensión en cuantía de \$1.149.300 la sumerge obligatoriamente en una está la asignación reducida a la mínima expresión Comparado con el ingreso que durante la última década como trabajadora activa recibido en promedio de \$5.000.000 sobre los que ha construido la base de su cotización la honorable Corte Suprema de Justicia sala de casación laboral en sus más recientes jurisprudencias en el sentido en que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente y reclama para el cotizante un consentimiento informado luego la constatación por la prueba del deber de información que acredite tal consentimiento es ineludible



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018 00480 01 Dte: GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

y criterios expuestos en las jurisprudencias SL 1452 del 3 de abril de 2019, Magistrada Ponente la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo radicación número 68 852 y SL 1668 del 8 de mayo de 2019, radicado 68 838 Magistrada Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo razón por la cual en aplicación de esta normatividad y el amplio criterio jurisprudencial tanto de la honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral y de la honorable Corte Constitucional las que se han expuesto en el escrito de la demanda que han sentado su criterio sobre la ineficacia del traslado del fondo de pensión cuando se incumpla con la obligación de la adecuada y doble asesoría por lo que respetuosamente le solicitó a la señora juez pues el recurso de apelación y finalmente quería decirle que mi representada efectivamente estuvo afiliada COLFONDOS hasta el 31 de mayo del 2007 y era el momento oportuno para que PORVENIR le hubiera dado una buena asesoría y lo hubiera manifestado en qué condiciones se encontraba actualmente y cuáles eran las implicaciones que sufriría en el caso de permanecer en Porvenir y no devolverse a COLPENSIONES y esta falta de asesoría la dejó pues a mi representada en este fondo privado así ella no haya cotizado sino 250 semanas en el fondo público y que haya cotizado más de 1000 semanas en el fondo privado eso no quiere decir que mi representada se quedó porque le brindaron información a mi representada nunca le dieron una doble asesoría y la hicieron permanecer en engaño por eso es que se ha solicitado la ineficacia del traslado al fondo público al fondo privado gracias señorita.”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En primer lugar y en cuanto al primero de los argumentos esbozados por el recurrente es necesario señalar que si bien, en los hechos de la demanda no se hace mención a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018 00480 01 Dte: GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Cesantías – INVERTIR - Organismo Cooperativo, revisado el plenario se encuentra que la demandada Porvenir S.A., manifiesta en los hechos de su contestación, que mediante escritura Pública No. 2250 del 26 de diciembre de 2013 de la Notaría 65 de Bogotá registrada en la Cámara de Comercio de esta Ciudad, el 31 de diciembre del mismo año, se perfeccionó la fusión por absorción a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A.

En este mismo sentido es necesario señalar que Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy es PORVENIR S.A. esto es la llamada a juicio, por lo que esta Sala encuentra más que lógico que sea esta la entidad a la que la parte actora llamó en el presente proceso.

Igualmente esta Colegiatura encuentra pertinente resaltar que fue esta demandada, esto es, PORVENIR S.A. la que allegó al plenario junto con la contestación de la demanda, el formulario de afiliación suscrito por la actora con la entidad INVERTIR ORGANISMO COOPERATIVO, lo que reafirma el hecho de ser esta entidad, la que debe asumir la defensa de la extinta INVERTIR ORGANISMO COOPERATIVO

Teniendo en cuenta lo anterior, se encuentra que el actor mediante formulario suscrito ante la AFP INVERTIR - Organismo Cooperativo, posteriormente HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A, en el 15 de mayo de 1996 y posteriormente el cambio de fondo que realizara a COLFONDOS en el mes de 19 de junio de 2000 y finalmente, otra vez a PORVENIR S.A. para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018 00480 01 Dte: GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018 00480 01 Dte: GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por la demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por la actora como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que **NO** coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018 00480 01 Dte: GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018 00480 01 Dte: GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Aunado a los anterior, no es dable señalar que al haber realizado con posterioridad al traslado de régimen un cambio de fondo, se pueda presumir que la información le fue brindada desde el principio, es decir desde el propio acto del traslado de régimen y era deber la Administradora de Pensiones, en el presente caso a PORVENIR S.A., ya que como se indicó ésta es la entidad responsable y que cuenta con los archivos de la extinta AFP INVERTIR ORGANISMO COOPERATIVO, demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a ésta las desventajas o los aspectos desfavorables que podrían ocurrir como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **REVOCAR** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, para en su lugar, declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** al RAIS que efectuara la demandante a través de formulario de afiliación suscrito con INVERTIR - Organismo Cooperativo el día 15 de mayo de 1996, entidad que posteriormente pasó a ser Horizonte S.A. hoy PORVENIR S.A. y el posterior traslado de fondo realizado a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. nuevamente. Ordenando a la demandada PORVENIR S.A., última entidad a la que se afilió la actora a efectuar el traslado de los aportes recaudados como consecuencia de tal



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018 00480 01 Dte: GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

afiliación, junto con sus rendimientos y gastos de administración a órdenes de la demandada COLPENSIONES.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMES DE LA SALA.

A juicio de los demás Magistrados, es necesario autorizar a COLPENSIONES para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia, quedarán a cargo de la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 15 de mayo de 1996, con INVERTIR - Organismo Cooperativo, entidad que posteriormente pasó a ser Horizonte S.A. hoy PORVENIR S.A. y el posterior traslado de fondo realizado a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada PORVENIR S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado la demandante GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018 00480 01 Dte: GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración, dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la señora GLORIA PATRICIA BUSTOS CHAVES al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: REVOCAR la condena en costas impuesta en primera instancia para que en su lugar queden a cargo de la demandada PORVENIR S.A., y en favor de la demandante.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

(salva voto parcial respecto de la autorización dada a Colpensiones para que inicie acción judicial)

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018 00480 01 Dte: GLORIA PATRICIA BUSTOS
CHAVES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**


**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 31-2018 00480 01 Dte: GLORIA PATRICIA BUSTOS
CHAVES Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Me aparto parcialmente de lo resuelto por la mayoría de La Sala en sentencia compartida en lo que tiene que ver con la autorización a COLPENSIONES para iniciar acciones en caso de sufrir perjuicios ya que este es un asunto que no le compete al Juez, es de la autonomía de las entidades determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder e iniciar o no las acciones pertinentes.



MARLENY RUEDA OLARTE

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No.11-2017-60-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTES: MAURICIO JAVIER SANCHEZ VILLAMARIN, ELEACXER PINZON BURGOS, WILSON ORLANDO AREVALO MONTAÑA, VICCTOR CARLOS ORDOÑEZ GONZALEZ, EDUARDO VARGAS Y MARTHA EUNICE CUBILLOS PINZON

DEMANDADO: UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA

MAGISTRADA PONENTE

DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al doctor Andrés Felipe Uribe, como apoderado de la Universidad demandada, en los términos y para los efectos del poder conferido.

En Bogotá siendo el día treinta (30) de julio del año dos mil veinte (2020), La Magistrada Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, previa deliberación profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Los señores **MAURICIO JAVIER SANCHEZ VILLAMARIN, ELEACXER PINZÓN BURGOS, WILSON ORLANDO AREVALO MONTAÑA, VICTOR CARLOS ORDOÑEZ GONZALEZ, EDUARDO VARGAS Y MARTHA EUNICE CUBILLOS PINZON** mediante apoderado instauraron demanda en contra de **UNIVERSIDAD COOPERATIVA DE COLOMBIA**, para que mediante el trámite de un proceso laboral se declare entre los extrabajadores –profesores y la demandada existió un contrato de trabajo en las fechas indicadas en la demanda, visible en el expediente a folios 108 al 126, que la demandada terminó los contratos violando la convención colectiva suscrita entre la universidad y el sindicato denominado Sintraunicol, que se deje sin efecto el despido de los trabajadores por no haber existido justa causa y en consecuencia se **les reintegre al cargo que desempeñaban al momento del despido o a otro de igual o superior categoría y remuneración de conformidad con la cláusula tercera de la convención colectiva de trabajo**. Solicitan además reconocimiento y pago de los salarios dejados de percibir hasta que sean reintegrados, seguridad social y demás emolumentos, pago de daños y perjuicios inmateriales. Subsidiariamente solicitan el

pago de indemnización por despido injusto, indemnización por daños y perjuicios materiales e inmateriales, extra y ultra petita, indexación, costas y gastos procesales. (fls 108 a 126).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la parte demandada la que solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

Como fundamento de las pretensiones y en síntesis, indican que se vincularon mediante contrato de trabajo así: **MAURICIO JAVIER SANCHEZ VILLAMARIN desde el 16 de enero de 2012 hasta el 12 de enero de 2016, ELEACXER PINZÓN BURGOS desde el 15 de enero del 2012 hasta el 12 de enero de 2016, WILSON ORLANDO AREVALO MONTAÑA desde el 16 de enero de 2012, hasta el 21 de enero de 2016, VICTOR CARLOS ORDOÑEZ GONZALEZ desde el 1 de febrero de 2012 hasta el 30 de enero de 2016, EDUARDO VARGAS desde el 16 de enero de 2012 hasta el 12 de enero de 2016 Y MARTHA EUNICE CUBILLOS PINZON desde el 30 de enero de 2012 hasta el 12 de enero de 2016.** Que profesores de medio o tiempo completo en diferentes, que todos están afiliados a **SINTRAUNICOL**, que la cláusula tercera de la convención dispone que la continuidad de los docentes dependerá de los resultados de una heteroevaluación, cuya competencia está radicada en una comisión paritaria, que la demandada sorpresivamente notifica la carta de terminación del contrato sin previo aviso y sin llamados de atención, sin proceso disciplinario y sin heteroevaluación, que la cláusula cuarta de la convención señala que no producirá efecto alguno la sanción o despido que se imponga pretermitiendo el trámite, además de describir los salarios, indica que MARTHA EUNICE CUBILLOS PINZON, tenía la condición de madre cabeza de familia desde 2012, lo que dejó plasmado en declaración en notaría, condición que fue notificada a la universidad el 10 de diciembre de 2015, que cuenta con medida de protección impuesta por la comisaría 12 de familia, que por el despido los demandante sufrieron perjuicios. (fls 108 a 126).

La demanda fue contestada mediante apoderada, quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, afirmando en síntesis que los contratos de todos los demandantes eran a término fijo y la finalización de los mismo conforme a la ley, por vencimiento del plazo. En cuanto a los hechos aceptó parcialmente el primero, tercero, quinto, sexto, octavo, décimo primero, décimo séptimo, décimo octavo y negó los demás insistiendo en que los contratos terminaron de acuerdo con la ley y

afirmando que no estaban obligados a adelantar proceso disciplinario alguno y que si realizó la heteroevaluación. Propuso las excepciones de pago total de las obligaciones, cobro de lo no debido, mala fe de los demandantes, buena fe de la demandada, indebida acumulación de pretensiones, enriquecimiento sin causa, terminación de contratos por vencimiento del plazo, cumplimiento de normas convencionales. (fls 133 a 154)

Tramitada la primera instancia, la Juez 11 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019), por la que resolvió **ABSOLVER a la demandada todas y cada una de las pretensiones de la demanda, DECLARANDO probadas las excepciones de cobro de lo no debido y terminación de contratos suscritos a un año por vencimiento del plazo relevándose de las demás,** (fls 511 a 513).

Para llegar a esa conclusión y en síntesis afirmó la Juez: *“...la controversia gira en torno en un primer análisis en determinar si a los aquí promotores de la presente acción, les asiste el derecho al reintegro pretendido a la luz de lo preceptuado en la cláusula tercera de la convención Colectiva de trabajo suscrita esta entre Sintraunicol y la Universidad. Así deberá establecer este operador judicial si de conformidad con el protocolo de San salvador en caso afirmativo, se deberá establecer en lo que en derecho corresponda a la indemnización de perjuicios y las acreencias laborales reclamadas como el producto del reintegro deprecado... Expuestas así las cosas para una organización de la presente decisión el despacho resolverá en primer nivel de análisis el beneficio de los promotores de la Litis, de la convención Colectiva de trabajo invocada así mismo el del análisis donde se deberá verificar la aplicación de la Cláusula de la estabilidad laboral el contenido y alcance de las disposiciones contempladas en el protocolo de San Salvador y finalmente como último objeto de estudio las indemnizaciones deprecadas advirtiendo de entrada que las pretensiones no están llamadas a salir avantes por las razones que a continuación se exponen: Pues bien, este operador judicial considera pertinente realizar una precisión con el fin de comprender mejor los argumentos presentados por el demandante las excepciones presentadas por la demandada donde se hará un análisis de las pruebas de las piezas procesales que obran en el plenario.*

*Es de esta manera que **para el despacho no suscitó mayor controversia, la relación laboral de la universidad con cada uno de los demandantes, a través de sendos contratos de trabajos a término fijo, para el personal docente de la siguiente manera demandante Mauricio Javier estuvo vinculado con la universidad para el periodo comprendido para el 16 de enero de 2012 y el 12 de enero del año 2016 demandante el señor Pinzón Burgos su vinculación comprendió desde el 16 de enero del año 2012 y hasta el 12 de enero del año 2016 misma situación respecto de Wilson Orlado Arévalo, Martha Cubillos, Víctor Carlos Ordoñez y Eduardo Vargas entonces en la existencia de la relación laboral temporales se encuentran acreditados de conformidad con la documental que se puede verificar a folios 32 a 57 del expediente 72 a 77,84 a 88, 97 a 103, y 164 a 172, donde constan los contratos de trabajo suscritos entre las partes. Así mismo los otro si para verificar dicha situación. Se cuenta con los certificados laborales, liquidación de prestaciones sociales y comunicaciones que dan por terminada la relación del trabajo, documentales estas que dicho de paso al no ser desconocido ni refutadas de falsas dan fe de lo allí consignado.***

Probado entonces la existencia de la relación de trabajo, se estudia el reintegro en la calidad de afiliado de la organización sindical Sintraunicol, y con ello la aplicación de la convención colectiva de trabajo. Es así que para dicha finalidad se debe demostrar la condición de beneficiario del acuerdo convencional traído a colación y esta obligación

recaía en la parte actora, acreditar en primer lugar la condición de afiliado al colectivo de trabajadores Sintraunicol. Lo anterior de conformidad con el principio de la carga dinámica de la prueba contenida en el art 167 del CGP el cual se aplica al procedimiento laboral por autorización de los art 40, 48 y 145 CPT y la S.S; carga probatoria que se reputa cumplida en el cartulario conforme a la documental que milita a folio 66 a 71 donde constan los certificados de los afiliados de los aquí demandantes suscritos por el secretario general del sindicato de trabajadores y empleados universitarios. Aclarado lo anterior y atendiendo que es clara la intención de la parte actora de obtener la aplicación de la cláusula 3 de la convención colectiva de trabajo, esta tenía el deber de allegar los medios de convicción que acreditaran con suficiencia la existencia del derecho respecto del cual derivan las pretensiones que nos ocupan esto es los documentos contentivos de la convención Colectiva de trabajo con las formalidades señaladas del art 469 del CST, que da cuenta de los requisitos parámetros y directrices a las cuales se sujeta la estabilidad en el empleo y las condiciones de permanencia en aquel. De no cumplir tal carga probatoria será adversa a sus peticiones, como quiera que precisamente es en el contenido de esas cláusulas convencionales donde radican en los derechos donde cuya aplicación hoy echa de menos por la parte demandante. Bajo este derrotero cristalino, se exige que el análisis de la controversia no resiste el menor análisis de la óptica de la carga de la prueba; **en la medida que la parte actora no arrimo al plenario la convención colectiva entre el sindicato Sintraunicol con la universidad con la respectiva constancia depósito ante el ministerio del trabajo si no que por el contrario se limitó aportar folio 58 al 65 una reproducción simple del aludido acuerdo colectivo resaltando que si bien es cierto el juez laboral está sujeto a tarifa legal y deberá formar libremente su convencimiento lo anterior de conformidad con los art 60 y 61 del CPT y la S.S. también lo es en materia de cláusulas y acuerdos o pactos convencionales se erige como un requisito inexcusable allegar el instrumento donde figura en forma nítida de manifiesto la voluntad inequívoca de conceder determinados beneficios extralegales así como las condiciones para acceder al mismo máxime cuando la convención colectiva es la fuente clara de obligaciones inter partes documento que sin el ánimo de ser reiterativo por parte de este despacho forzosamente contempladas en el art 469 del CST. Esto para ser tenido en cuenta por parte de la judicatura lo que en el caso de marras ocurrió a su vez respecto a esta situación resulta recordar la sentencia de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia autoridad en caso similar contornos esto es respecto a los formalismos de toda convención colectiva de trabajo como requisito de su validez particularmente lo que hace referencia al depósito frente a la autoridad del trabajo en sentencia con radicado No. 47500 del 14 de sep. de 2016 puntualizo (cita la sentencia). De tal forma que de conformidad con las disposiciones ante la carencia de juicio que dé cuenta de la existencia si quiera del derecho convencional aducido, no surge alternativa distinta salvo la de absolver a la demandada por el reintegro convencional pretendido y así se dirá en la parte resolutive de la presente sentencia.**

Ahora bien, a igual conclusión se arriba frente a la aplicación pura y simple al protocolo adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales denominado este protocolo de San Salvador, que conforme al art 7 los Estados partes reconocen que el derecho al trabajo supone que la persona deba gozar del mismo las condiciones anotadas las cuales deben ser garantizadas en la respectiva legislación nacional estableciéndose entonces como una de las formas de garantía en el caso de despido injustificado según el literal D, de dicha disposición es el derecho del trabajador hacer indemnizado en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación interna. Es de esta manera que de acuerdo a lo anterior surge la imperante necesidad de aclarar al apoderado de la parte actora, **que lo dispuesto en dicho instrumento internacional no se traduce en la necesidad de un reintegro o reincorporación de todo trabajador despedido si no sin justa causa todo lo contrario el protocolo de San Salvador enuncia las diversas situaciones con los cuales los Estados partes deben regular la estabilidad en el empleo y que comprenden el restablecimiento del contrato o bien el pago de una indemnización o de cualquier otra prestación de acuerdo con lo que disponga la legislación Nacional de cada país;** debiendo en el evento que se produzca el despido sin justa causa atenerse a lo que cada ordenamiento contemple para ese efecto. Es así que el órgano de cierre de esta jurisdicción en

providencia del 01 de abril del año 2008 con rad 31743 refiriéndose a la aplicación del protocolo de San Salvador señaló lo siguiente (cita la sentencia). En este hilo conductor para el caso de Colombia se encuentra debidamente reglamentada la indemnización para caso de despido sin justa causa. Lo anterior en el artículo 64 del CST. Así mismo se tiene la figura del reintegro, Y está delimitada y definida por el legislador como por ejemplo para el caso de los trabajadores que encontrándose en un Estado de debilidad manifiesta hayan sido despedidos sin justa causa y sin la autorización del Ministerio del trabajo violándose así la estabilidad laboral reforzada de la cual gozan o bien por encontrarse amparados por la garantía foral o circunstancial en los términos de los art 241 y 405 del CST o trayendo otro ejemplo a colación para la protección de la maternidad y personas pre pensionadas situaciones estas que distan diametralmente de los argumentos esgrimidos por los promotores de la acción y que no encuentran en las situaciones descritas razones que bastan para ratificar la improcedencia del reintegro antes enunciado.

Ahora bien, procede el despacho a resolver lo pertinente a la indemnización por despido sin justa causa. Frente a esta suplica recuerda el juzgado que las causas de la terminación del contrato de un contrato de trabajo se encuentran taxativamente consignadas en una parte del reglamento interno de trabajo en el contrato de trabajo convención o pacto colectivo que sean aplicables al trabajador y por otra parte en nuestra legislación laboral del trabajo en su art 60 y 61 de la norma sustancial del trabajo. Es así que la terminación del vínculo laboral no se adecua a ninguna de estas causas o en su defecto se acredita la estructuración de la causa alegada se configura un despido sin justa causa lo anterior en los términos del art 64 del CST el cual trae como consecuencia jurídica relevante la del pago de la indemnización por despido injustificado valorado el mismo por el daño emergente y el lucro cesante ocasionado por la conducta del empleador. Habiendo puesto de presente lo anterior al momento en que se pretende la declaratoria de un despido sin justa causa y su correspondiente indemnización, le incumbe al trabajador en primera medida acreditar que la decisión de dar por terminado este provino del empleador estando entonces obligado el otro de conformidad con la carga de la prueba. a demostrar el motivo. Es así que la demandada expuso entonces que la causal de terminación de la relación del trabajo, quedo acreditado en la misma de conformidad con las documentales reseñadas al inicio de esta audiencia, con los demandantes obedeció al plazo fijo pactado en el literal C del artículo 60 del CST para lo cual aportó los contratos de trabajo y los preavisos remitidos aquellos corolario a lo anterior sea lo primero poner de presente que de conformidad con el contrato de trabajo que reposa a folios 165 a 178 a 203 a 216, 154 a 162. 311 a 327, 364 a 377 y 416 a 426, para este operador judicial es claro que para los señores Marco Sánchez, Martha Cubillos, Eduardo Vargas, Víctor Ordoñez fue clara en la intención de las partes de acogerse en lo que respecta la duración de la relación laboral a lo dispuesto por el artículo 101 del CST esto es por duración de cada periodo académico tal y como consta de la cláusula 5 de dichos contratos de trabajo. sin embargo, forma posterior lo realizaron con la celebración de sendos otro si, de crear contratos de trabajo a término fijo igual a un año en los términos del art 46 de la norma sustancial 7 ya citado y que iniciaban en enero del año 2015. Ahora bien, a fin de determinar la prosperidad de esta pretensión basta acudir al régimen de prorrogas de los contratos a términos fijos por lo dispuesto en la norma; identificando así la fecha de expiración de plazo de cada uno de los contratos de los demandantes expirando esto para el año 2016. **En este contexto, la parte demandada a fin de dar aplicación a la causal objetiva de terminación del contrato ha debido comunicar a sus trabajadores con al menos 30 días de anticipación, la fecha de expiración del plazo su intención de no prorrogar el contrato so pena de entenderse este por renovado, obligación esta que se da por cumplida en la foliatura, pues ello teniendo en cuenta las documentales obrantes en el expediente, donde constan las cartas dirigidas a los aquí demandantes en donde se les informa la intención de no prorrogar la relación de trabajo, comunicaciones todas que fueron recibidas por los accionantes con antelación superior a los 30 días de que trata nuestra legislación.**

Así las cosas, el juzgado encuentra que la demandada nada adeuda a los promotores de la Litis, por concepto indemnización por despido sin justa causa como quiera que se cumplieron los presupuestos legales para el efecto contemplados en el artículo 46 del

CST, encontrando probada la causal alegada de la expiración del plazo para dar por terminada la relación de trabajo.

Por último, en lo que respecta al demandante, Wilson Orlando, su contrato siempre estuvo sujeto entonces a lo determinado por el art 101 del CST para el caso de docentes relación de trabajo, que excluye lo dispuesto en el plurimenciado art 46 del CST, con ello tampoco la indemnización del art 64 de la norma en cita porque por sabido se tiene que los contratos de los docentes con establecimientos educativos se entienden celebrados por el año escolar por el periodo académico no prevé el preaviso o desahucio, de manera que basta la culminación del respectivo período académico, para que finalice el contrato por su propia virtud y por consiguiente no opera la tácita reconducción esto es la prórroga automática del nexo si las partes no expresan oportunamente su ánimo de terminarlo lo que nuevamente da al traste con la pretensión indemnizatoria y aun con el resarcimiento de perjuicios lo anterior al estar al finiquito del vínculo laboral ajustado a las normas legales y así se dirá en la parte resolutive a la presente sentencia....”

Inconforme con la decisión la parte demandante interpuso recurso, afirmando lo siguiente: ”..La formalidad exigida para la convención colectiva de trabajo no fue materia de discusión durante el proceso es decir que la postura del juzgado desconoce lo que se ha dicho y se ha discutido, porque eso no fue materia de controversia ni de debate ni la Universidad lo alegó como debía haberlo alegado en la contestación de la demanda. Lo que sí ocurrió en la contestación de la demanda y en cada una de las etapas del proceso y es que se reconociera la existencia de un contrato denominado convención colectiva de trabajo y sobre eso fue el debate. Pienso en que la eventualidad de haberlo reconocido por las partes desde la contestación de la demanda, incluso todos los testigos hablaron de la convención colectiva, no puede en mi opinión el juzgado darle primacía a una formalidad, generando la consecuencia de desconocer un elemento sustancial del debate, que se estaba presentando en este momento por lo que significa. Entonces el juzgado no le da la razón a ninguna de las partes por lo que el juzgado considera es que hay un defecto probatorio y que pudo haberse subsanado, pero dentro de otras cosas también digamos el poder del juez, el poder del estado social de derecho le hubiera permitido también solicitarlo en forma oficiosa de haberlo necesitado cosa que el juzgado tampoco lo hizo. Si quedo probada de forma nítida e inequívoca la existencia del documento denominado convención colectiva como ejercicio de la negociación Colectiva lo que en mi opinión faculta al despacho para pronunciarse de la materialización del mismo a digamos aplicando lo que dice la Constitución Política de Colombia en su art 53 de darle aplicación al derecho sustancial y no caer en lo que las cortes han denominado un exceso de ritual manifiesto cuando se exige una formalidad y si no existe ella entonces el debate sustancial. Lo que digo es que al existir reconocer la existencia del documento lo que debía era debatirse sobre eso y en mi opinión la sentencia debía recaer sobre si los demandantes son o no beneficiarios de la Convención Colectiva y si debía aplicarse o no y si se aplicó la convención colectiva y como consecuencia de eso ordenar el reintegro o lo que el juzgado considerara que en mi opinión el bloque de constitucionalidad consagra que cuando existe el despido caprichoso la consecuencia es la nulidad del despido como consecuencia a lo anterior debe volver el trabajador al puesto de trabajo lo que significa entonces que el juzgado da aplicación en materia de reintegro con una disposición regresiva por parte de la corte suprema de justicia violatoria del Bloque de Constitucionalidad, actuando aun contra prohibiciones expresas, y que la progresividad en materia laboral es un principio que claro está que el estado social de derecho en Colombia no lo aplica es decir que desconoce lo mismo que el estado Colombiano ha pactado a nivel internacional. Ahora frente a la existencia de la Convención Colectiva yo sí me voy a pronunciar sobre ella porque está probado que existe en mi opinión lo que hizo la convención colectiva fue modificar o mejor limitar la forma jurídica como opera el empleador, en este caso claro es y está consagrado en la norma que el empleador está facultado para renovar o no un contrato de trabajo pero en este caso la cláusula tercera es clara cuando las partes lo han pactado y la Universidad también lo quiso así que la continuidad se diera para quien saliera bien calificado como la consecuencia de la aplicación de

un instrumento construido Colativamente que es el debate sobre el cual el juzgado no se pronuncia. En ese sentido yo interpongo el recurso de apelación y solicito al Tribunal entrar a discutir la existencia del documento llamado Convención Colectiva y la sustancialidad que de allí se sustrae para poder resolver el conflicto jurídico. En mi opinión el despacho en primera instancia no resuelve el conflicto por lo que digamos se limita a que no va estudiar la convención colectiva por una formalidad que quedo y no fue debatida durante el proceso y no fue alegada otra cosa es que hubiera sido alegada y el juzgado tenía que pronunciarse, pero no haber sido alegada en mi opinión el despacho no tendría por qué hacerlo. Finalmente creo que es importante insistir en la necesidad del derecho sustancial y es que, en la Universidad Cooperativa, se ha materializado el ejercicio de la negociación Colectiva que tiene como propósito donde de superar las normas legales. De nada le sirve a las organizaciones sindicales construir pliegos, un conflicto colectivo si finalmente los empleadores en Colombia pactan lo que quieren incumplen como y cuando se les da sus posibilidades pero el juzgado o el Estado Social de derecho es cómplice de la violación de lo pactado es cómplice de que los patronos en Colombia incumplan las normas convencionales es cómplice también que se burle lo pactado en el Bloque de Constitucional elementos que para este profesional del derecho son fundamentales son garantistas para los trabajadores son progresivos y no debe aplicarse la regresividad en materia laboral en Colombia por lo anterior solicito respetuosamente me reconozca la apelación interpuesta y esperemos que el Tribunal se pronuncie sobre lo que he mencionado...”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los puntos objeto de reproche de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del Trabajo y la Seguridad Social, y que son básicamente dos: i) falta de valoración de la convención colectiva por requisitos de forma y ii) en consecuencia procedencia del reintegro dado que no se aplicó la convención, los cuales por su estrecha relación se estudiarán en conjunto; aclarando desde ya que solo fue eso lo cuestionado, es decir lo relativo a las pretensiones principales; porque de las subsidiarias, esto es indemnización por despido sin justa causa y de perjuicios, no se manifestó reproche alguno; luego en virtud de la norma ya citada no puede pronunciarse este Tribunal.

De la convención colectiva y procedencia del reintegro

Desde ya advierte la Sala que en el tema de la validez de la prueba de la convención, le asiste razón al recurrente, pues al revisar la contestación de la demanda, resulta claro que la demandada nunca negó la existencia y **efectos de la convención**; por el contrario, insistió en que se aplicó en debida forma y sin violación alguna, luego no hay duda ni de la existencia ,ni de la validez de la misma, **siendo claro que cuando ello no se discute no es posible acudir a que no existe constancia de depósito, pues la validez y efectos del mismo fueron expresamente aceptados, quedando el asunto fuera del debate** tal y como ha señalado la Corte suprema de justicia en reiteradas sentencias, siendo una de ellas la SL1621-2019 Rad 58164 de mayo 8 2019, MP FERNANDO CASTILLO CADENA, en donde se expresó:

“(…)

Pero lo más importante que hay que destacar es que las reglas de aportación y valoración probatoria que se acaban de relacionar operan frente a **hechos controversiales** del proceso, es decir, sobre los cuales las partes no han coincidido, sobre los que no están de acuerdo, mas no en los que no ofrecen discrepancia, como ocurre en el caso que aquí se analiza.

Baste así recordar que, como se dejó plasmado en esta providencia a la hora de hacer el recuento de los antecedentes del litigio, Ecopetrol S.A. al contestar el escrito inicial de la contienda **no desconoció la existencia de la convención colectiva** que a su favor invocó el demandante e **incluso tampoco tuvo reparo en el texto de la cláusula 109**, vengero de la pensión, pues aceptó su validez y existencia, la defensa se fundó exclusivamente en que la interpretación que de dicho artículo hacía el actor, no era la correcta, pero jamás en que aquella no existiera ni tampoco en que careciera de validez.

De igual forma, y dado que los ataques se dirigen por el sendero de puro derecho, no existe discrepancia alguna en que para ECOPETROL no hubo duda acerca de que el acuerdo convencional se le aplicaba a Palenque Mariño, tampoco sobre su vigencia y validez, ni del contenido de su artículo 109, al que aquel acudía para reclamar la pensión, pues al dar respuesta a la reclamación administrativa incoada por el demandante (folios 26 y 27), al acordar una conciliación extra judicial para resolver una contienda diferente a la que aquí se resuelve (folio 47) y en los alegatos de conclusión, **la empresa palmariamente aceptó esos pilares**, aunque adujo que la interpretación que hacía la parte actora de la cláusula convencional no era la correcta.

Textualmente en la última de las documentales señaladas dijo la demandada:

“el demandante no cumple con lo establecido en el artículo 109 de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente, el cual establece. “...la empresa continuará reconociendo la pensión legal vitalicita de jubilación o de vejez, equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengado en el último año de servicio, a los trabajadores que habiendo llegado a la edad de cincuenta (50) años, le hayan prestado sus servicios por veinte años o más, continuos o discontinuos, en cualquier tiempo, de conformidad con el Decreto 807 de 1994. Con todo, la Empresa reconocerá la pensión plena a quienes habiendo prestado sus servicios por más de veinte (20) años reúnan setenta (70) puntos en un sistema en el cual cada año de servicio a Ecopetrol S.A. equivale a un (1) punto y cada año de edad equivale a otro punto” (folio 513).

Llegados a este punto del sendero, se impone traer a colación lo sostenido por esta Sala, precisamente en un asunto de similares contornos, en sentencia SL, del 20 de abr. 2010, rad. 35963, se dijo:

Es indiscutible que en la contestación de la demanda la sociedad Avianca S. A. no puso en duda la existencia de la cláusula convencional que le sirvió al Tribunal para imponer el reintegro del demandante. Su defensa jamás se fincó en la supuesta inexistencia de la referida cláusula (...)

El argumento esencial y básico de la defensa radicó en que, según su propia interpretación del precepto contractual, el actor no tenía derecho al restablecimiento de su contrato de trabajo. Es decir que lo que alegó la parte demandada fue sobre los alcances de la disposición convencional, más nunca sobre su invalidez.

Lo anterior suponía que ese tema había quedado por fuera del marco procesal, por lo que pretender a través del recurso extraordinario invalidar la sentencia planteando ahora un supuesto error de derecho que apuntaba a la destrucción de la fuente normativa del derecho controvertido, no deja de ser una actuación que riñe con los principios de la buena fe y de la lealtad procesal que se debe observar en los procesos (resaltado y subrayado fuera de texto).

Así las cosas, lo que se evidencia es al menos una falta de lealtad procesal con la parte actora y con la administración de justicia, ya que no tiene soporte jurídico, fáctico ni lógico el desconocimiento del acuerdo convencional del que se sabía su contenido, existencia y validez, al punto que la llamada a juicio en varias piezas procesales la replicó textualmente.

El comportamiento procesal de la aquí demandada se ha protagonizado en otros procesos, y la Sala ha tenido la oportunidad de reprocharlo en los siguientes términos:

Por lo anterior no resulta viable que en este escenario casacional la empresa aspire a debatir un punto que no fue controvertido ni cuestionado en las instancias por las partes; sobre comportamientos como el reseñado, la Sala ha sostenido que si los litigantes aceptan la existencia de la convención colectiva, ello implica que tal aspecto queda por fuera de la cuestión litigiosa, como se dijo por ejemplo en las sentencias CSJ, SL660-2015, 28 ene. 2015, rad. 45333, CSJ SL, 22 ago. 2012, rad. 37572, y la CSJ SL, 28 jul. 1998 rad.10475, esta última en la que se precisó:

Resulta evidente entonces que las partes no desconocieron la existencia y eficacia de los pactos colectivos que rigieron sus relaciones de trabajo, por lo que este hecho no era materia del litigio, quedando sujeto a prueba únicamente cuáles de los beneficios extralegales allí consagrados le fueron reconocidos al demandante.

Al respecto es pertinente traer a colación el criterio de la Corte reafirmado en sentencia de 4 de junio de 1998 (Rad. 10658), que resulta enteramente aplicable al caso. En dicho fallo se dijo lo siguiente:

"...conviene reiterar que en principio la existencia de la convención colectiva debe acreditarse en el proceso mediante la aportación de su texto auténtico con la respectiva constancia de depósito oportuno, a menos que el tema esté fuera de toda cuestión litigiosa porque las partes coincidan en reconocer la vigencia de un determinado acuerdo convencional..."

Si bien el criterio jurisprudencial se refiere específicamente al caso del reconocimiento por las partes de la vigencia de una convención colectiva, igual cabe decir cuando se trata de pactos colectivos cuya existencia y vigencia no son materia de discusión, por haberlos reconocido expresamente los litigantes. (Sentencia SL20748 – 2017, 6 dic.2017, rad.48909)"

En el mismo sentido entre otras, se puede consultar la SL 4792, Rad N° 68209, de noviembre 6 de 2019.

Hecha esta precisión la Sala precisa que por haber sido apelado esta Sala puede referirse a este análisis ya que así lo permite el artículo 287 del CGP, inciso segundo, procediendo entonces al estudio del reintegro de acuerdo con la convención colectiva y sin que tampoco exista duda sobre la afiliación de los demandantes al sindicato, que suscribió el convenio colectivo y la aplicación de los beneficios allí plasmados.

Tampoco fue discutido y eso resulta básico que los contratos celebrados lo fueron a término fijo, de ello hay suficiente prueba a folios 165 y siguientes, así como también varios de ellos inicialmente celebrados con base en el artículo 101 del CST, pero luego modificados por otro si en cuanto a su duración, como contratos a término fijo.

Este tipo de contratación que contempla el CST, se encuentra totalmente permitida en el centro universitario, pues no fue tratado por la convención, en ninguna de sus normas, en donde usualmente en las cláusulas relativas a estabilidad, se pacta exclusivamente la modalidad de indefinido. Al no estarlo, se itera, la universidad puede celebrar como efectivamente hizo, mediante la modalidad contemplada en el artículo

101 del CST o mediante contratos a término fijo contemplados en el artículo 46 del mismo código, lo que también sucedió.

Ahora, la cláusula 3 del convenio colectivo, visible a folios 58 y siguientes del expediente, incluida en el título de normas comunes, contempla efectivamente que la continuidad del personal docente dependerá de una heteroevaluación compuesta por tres componentes a saber: i) una evaluación por parte de la universidad, ii) una evaluación por el respectivo docente y iii) una evaluación por parte de los estudiantes.

Esta norma desde luego, debe armonizarse en su entendimiento con la modalidad de contrato, en consecuencia, la continuidad en los contratos a término fijo, que ya encontramos conforme a la ley, implica o se refiere a su prórroga o renovación, no podría ser de otra forma, pues la cláusula de ninguna manera elimina o contempla prohibición para contratar de esta manera.

Se equivoca entonces la parte actora cuando afirma que la única condición para la continuidad de los contratos era la heteroevaluación, pues si el deseo de los contratantes es pactar un plazo, vencido el mismo y de acuerdo con lo establecido en el artículo 46, cualquiera de ellos, puede manifestar con una antelación no inferior a 30 días su determinación de no prorrogarlo.

Ahora, si en gracia de discusión aceptamos que esta era la única condición y que no se hizo, la norma no indica la consecuencia que la parte actora pretende, esto es la ineficacia o falta de efectos de la terminación del contrato que daría lugar al análisis del reintegro pretendido y es en este momento en donde conviene precisar que la acción de reintegro o bien es de origen legal o bien puede pactarse en convención, pero la cláusula tercera en la que se apoya el recurrente, lejos está de contener dicho efecto, en ninguno de sus párrafos señala que la no realización de la heteroevaluación deja sin efecto la terminación de los contratos, por el contrario y como ya se dijo solo dispone que la continuidad de los docentes depende de ella, sin que se itera, elimine la modalidad de contratación a término fijo, cuya finalización de acuerdo con la ley sucede por vencimiento del plazo y la manifestación o intención de no prorrogarlo, que fue lo que sucedió en este caso, en donde según la documental aportada, visible a folios 165 y siguientes del expediente se cumplió a cabalidad, con la antelación que contempla la ley, para todos los demandantes.

También resulta pertinente anotar que la convención colectiva sí consagra un procedimiento para el despido, cuya omisión da lugar a que este no produzca efecto alguno; solo que la parte actora olvidó al invocarlo en el hecho decimo de la demanda, como fundamento de su pretensión principal, que está contemplado en el Título II de **“NORMAS ESPECIALES APLICABLES A LOS TRABAJADORES NO DOCENTES”**

y su capítulo de estabilidad - cláusula 14 párrafo 4 -y que aun si en gracia de discusión aceptásemos aplicable a los docentes, tampoco daría lugar al reintegro, toda vez que en este caso no existió, se itera una vez más, despido alguno, simplemente una terminación legal por vencimiento del plazo de los contratos a término fijo celebrados, lo que es legal y convencionalmente viable en la entidad, ya que el convenio colectivo no contempló una única modalidad, en cuanto a su duración, esto es de manera indefinida, aunado a que el párrafo quinto de esta convención consagra de manera clara que ese procedimiento no se tiene en cuenta, cuando el contrato termina por expiración del plazo fijo pactado. (ver folio 62)

Finalmente conviene anotar que el protocolo adicional de san salvador en su artículo 7 numeral d, solo consagra una norma de estabilidad, expresando que los despidos injustificados dan lugar de acuerdo con la legislación interna, a indemnizaciones, readmisiones o cualesquiera otras prestaciones previstas **en la legislación nacional**. No obstante, en este caso: i) no hubo despido injustificado, sino como ya se dijo terminación por vencimiento del plazo, ii) aun habiéndolo no hay acción legal de reintegro, pues no hay procedimiento previo al despido contemplado en la convención que dé lugar a ello, iii) ni puede derivarse tal efecto de norma alguna del texto convencional, ni de la cláusula tercera, ni de la 14 ni de ninguna otra.

Por lo expuesto y por estas razones se impone CONFIRMAR la sentencia apelada.

Sin costas en la instancia

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

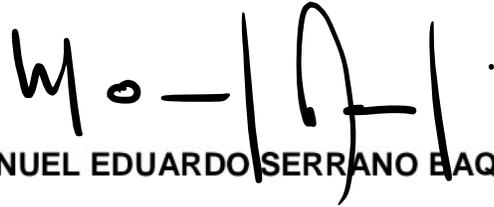
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada

SEGUNDO; Sin Costas en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P DEL T Y DE LA S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line.

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY