



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LEYDI MARCELA PULIDO DURÁN** CONTRA **CLINICA JUAN N CORPAS LTDA** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de septiembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **LEYDI MARCELA PULIDO DURÁN** por intermedio de apoderado judicial, persigue se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con **CLINICA JUAN N CORPAS LTDA**, que feneció por causas imputables al empleador; como consecuencia de lo precedente, se condene al pago de las acreencias contractuales consistentes en vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías por el interregno del 10 al 17 de enero de 2017; indemnización por despido sin justa causa; indemnización moratoria de que trata el artículo 9° de la Ley 789 de 2020; reintegro de \$119.097 por concepto de matrícula, así como de \$125.000 y \$52.563 por matrícula de guardería, costas y agencias en derecho (fls. 4 y 5 del archivo 01 – expediente digital).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de hecho relatados a folios 2 a 4 de las diligencias², que en síntesis advierten que inicialmente suscribió contrato de trabajo a término fijo con la Clínica convocada, el que se extendió del 1° de marzo de 2013 al 31 de julio de esa anualidad. De manera posterior firmó contrato a plazo indefinido, sin que le fuera entregada copia, el que se desarrolló desde el 1° de agosto de 2013, devengando como remuneración mensual total la suma de \$1'075.000, mismo que feneció el 17 de enero de 2017 por causas imputables al empleador, ante el incumplimiento reiterado del pago salarial, aportes a seguridad social integral pese a descontarle el porcentaje del trabajador, compensación de vacaciones, no entrega de dotación laboral, el desmejoramiento de las condiciones laborales y el cambio de categoría en la EPS, junto con la negación en la atención para ella y sus menores hijos. Refiere que en diciembre de 2016 le fue descontado el rubro de \$246.300 por concepto de guardería, monto que

² Archivo 1 del expediente digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

nuevamente fue debitado para enero de 2017. Aduce que a la fecha de presentación de la demanda no había percibido las sumas por concepto de prestaciones sociales definitivas, aun cuando persiguió la conciliación ante el Ministerio del Trabajo, pero sin la comparecencia de la pasiva.

CONTESTACIÓN: La pasiva **CLINICA JUAN N CORPAS LTDA**, contestó el *libelo introductor* allanándose a la pretensión contentiva del primer nexa y oponiéndose a las restantes, por considerar que en la carta de renuncia la activa únicamente informó motivos personales y expresando agradecimientos a la institución. Resalta que a le fueron canceladas todas las prestaciones sociales con transferencia electrónica a la cuenta bancaria de aquella. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados fuerza mayor y las que se prueben en el curso del litigio, folios 57 a 66 – archivo 1 del expediente digital.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 26 de agosto de 2020, resolvió **condenar** a la CLINICA JUAN N CORPAS LTDA a pagar a la activa la suma de \$246.000 por concepto de matrícula y mensualidad de guardería, descontada del salario del mes de diciembre de 2016; **condenar** a la demandada a pagar a **Leydi Marcela Pulido Durán** la indemnización moratoria prevista por el Art. 65 del C.S.T., que se concreta en un día de salario por cada día de retardo, por valor de \$32.100 del 18 de enero de 2017 al 18 de enero de 2019, para un total de \$23.112.000 y a partir del 19 de enero de 2019 al 04 de julio de 2019 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, para un total de \$23.156.846; **declarar no probada** la excepción de fuerza mayor; **absolver** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y, **condenar en costas**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

a la pasiva (archivo titulado “AUDIENCIA DE QUE TRATA EL ART. 80 DEL CPTSS” del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que la relación laboral y sus extremos no se encuentran en discusión, reparando en la solicitud de indemnización por despido sin justa causa, por considerar que la activa no cumplió con el deber de anunciar en el momento de retiro las causales imputables al empleador. Advierte que le fue descontado en dos oportunidades la mensualidad de guardería, ordenando su reintegro y, que pese a que fueron canceladas debidamente las prestaciones sociales, ello lo fue hasta el 5 de julio de 2019 cuando la relación terminó el 17 de enero de 2017, disponiendo el pago de la indemnización moratoria bajo las facultades ultra y extra petita por no encontrar un eximente de responsabilidad, al ser las pruebas incorporadas insuficientes para evidenciar la crisis financiera de ese ente.

RECURSO DE APELACIÓN:

La DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que el nexo sí feneció por causas imputables al empleador conforme la prueba documental que acredita el reiterado incumplimiento en las obligaciones, como el pago tardío de dos o tres meses de salarios, vacaciones o su no disfrute, liquidación de acreencias laborales que fueron solventadas después de dos años de la salida; probanzas que fueron respaldadas por las declaraciones testimoniales, quienes adujeron que la demandada les indicó la presentación de la demanda voluntaria para agilizar el pago de la liquidación laboral.

A su turno, la **llamada a debate judicial CLINICA JUAN N CORPAS LTDA presentó recurso de apelación**, anunciando como objeto de disidencia la condena por indemnización moratoria, al referir que aquella no fue reclamada en los hechos y pretensiones de la demanda al solicitar la dispuesta en el art. 9 de una ley, no pudiendo el Juzgado subsanar tal error. Sumado a que la activa contaba con 24 meses para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

interponer la demanda, término que fue superado al radicar el escrito en la data del 18 de enero de 2019, por lo que ya había pasado el lapso para que *«se generara la moratoria, entonces en este sentido como bien lo indica amplia jurisprudencia, una vez pasado dos años sin que hubiese impuesto la acción, no hay lugar a pagar la indemnización moratoria»*.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales no se manifestaron.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las excepciones del *contestatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por los extremos procesales, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada³, el determinar si se configuran los presupuestos para fulminar condena a título de despido indirecto e indemnización moratoria.

³ Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la Clínica al contestar el escrito introductor; lo que se constata igualmente de los medios de convicción obrantes en el plenario⁴, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, copia del contrato de trabajo a término fijo e indefinido (fls.9 a 14, 67 a 71), constancia de no comparecencia emitida por el Ministerio del Trabajo (fls.15), comprobantes de nómina (fls.16 y 17), copia de certificado laboral (fls.18), copia de carta de renuncia y su respuesta (fls.72 y 73), copia de liquidación del contrato de trabajo (fls.74), certificado de cesantías y aportes a seguridad social (fls.19 a 24, 75 a 86), reporte de pago emitido por el Banco de Bogotá (fls.87), certificado de incapacidad (fls.88 y 89), interrogatorios de parte rendido por el representante legal de la pasiva y testimonios absueltos por Natalia Ramírez Bermeo y Edwin Ferney Sanabria Cruz (audio y video del expediente digital nominado “PARTE 2”); probanzas de las cuales se colige, que bajo el marco de un contrato a término fijo, LEYDI MARCELA PULIDO DURAN laboró al servicio de la CLINICA JUAN N CORPAS LTDA desempeñando el cargo de asistente administrativa, por el interregno del 1° de marzo al 31 de julio de 2013 (fls. 9 a 14). Con posterioridad, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la anunciada Clínica el 1° de agosto de 2013, como adelantar similar cargo y devengando una remuneración mensual básica de \$963.000, el cual culminó el 17 de enero de 2017 por renuncia presentada por la trabajadora (fls.72). Supuestos facticos respecto de los cuales no existe controversia en esta segunda instancia, ante la ausencia de reparo por las partes en litigio.

Establecido lo anterior, procede la Sala en sede de instancia a estudiar los motivos objeto de recurso.

⁴ Conforme el archivo 1 del expediente digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO – DESPIDO INDIRECTO

Sobre el particular, sea lo primero advertir que con arreglo al párrafo único del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7° del Decreto Legislativo 2351 de 1965, le atañe a quien fenece el vínculo contractual laboral manifestar de manera diáfana a la otra parte de la relación, en el momento de la extinción, la causal o motivo que condujo a dicha determinación, sin que resulte valido con posterioridad aducir razones diferentes.

De manera que es el trabajador, el que se ve obligado a cesar los efectos del contrato de trabajo debido a un hecho que es imputable al empleador y que impide la prosecución normal de la prestación de los servicios, situación que, acreditada, conlleva al reconocimiento de las indemnizaciones previstas en la ley. Al respecto en sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, adiada 11 de diciembre de 1980, se adoctrinó:

*«En el despido directo la contingencia del proceso es mayor para el patrono, que en la incertidumbre del litigio debe resolverse si el hecho imputable al trabajador constituye o no una causa justa y de identidad para la finalización unilateral del contrato, mientras que el despido indirecto la contingencia procesal es mayor para el trabajador, debiendo decirse inversamente: **Si el hecho imputado al patrono constituye o no una justa causa para la terminación del contrato, si tiene la gravedad requerida para ello y si se logró demostrar en el curso del litigio**»*

Y en lo que refiere a la carga de la prueba, conforme a lo normado por el artículo 167 del CGP, le atañe al trabajador acreditar la justa causa atribuible al empleador. Así lo enseñó la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral, en sentencia con Rad. 26521 de 4 de julio de 2006:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

«... el auto despido o despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador.»

*En este caso, **los hechos o motivos aducidos por el dimitente deben ser alegados al momento del rompimiento del vínculo** contractual y estar contemplados como justa causa de terminación, en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados, además, al empleador con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos» (resalta fuera de texto)*

Así, conforme al documento de renuncia calendado 17 de enero de 2017, visible a folio 72, archivo 1 del expediente digital, que cuenta con sello de recibido de la pasiva, se desprende que la terminación del vínculo contractual entre las partes obedeció a la decisión unilateral de la trabajadora, quien para el efecto adujo:

«Por medio de la presente me permito comunicar mi renuncia al cargo que desempeño actualmente como Asistente Administrativo en el Área de cartera, hacerse efectiva el día 17 de enero de 2017 debido a motivo personales.

Agradezco a la Clínica Juan N Corpas por la oportunidad que me brindaron de trabajar con la institución, por ser mi alma mater, por tanto aprendizaje, el tiempo que tuve el honor de trabajar con ustedes ha sido de gran satisfacción personal y crecimiento profesional, espero haber cumplido las expectativas de ustedes y llevándome los mejores recuerdos.

Sin otro motivo adicional»

Planteadas las cosas, es diáfano concluir que, en el asunto bajo análisis, la parte reclamante incumplió con los parámetros normativos fijados por el legislador en el parágrafo del artículo 62 del CST, pues, al estar en presencia de la institución que permite extinguir el nexo por alguno de los contratantes, no solo resulta indispensable mencionar la decisión diáfana de terminar los efectos, sino que a ello debe sumarse los supuestos de hecho que permiten su conjugación, como lo adoctrinó la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia SL1514-2018 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, así:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«Empero, existen ocasiones en la que pese a que es el trabajador quien toma la determinación de dar por terminado el vínculo laboral, se habla de despido –indirecto-. Ello tiene ocurrencia cuando el empleador ha incurrido en conductas que se enmarcan dentro de las taxativamente señaladas en el lit. b del art. 62 del CST y, a consecuencia de ello, el trabajador se ve forzado a concluir su contrato laboral de manera anticipada.

Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos legales, no solo es necesario que tal decisión obedezca a los motivos consignados, en principio, en la ley, sino que ellos, deberán ser necesariamente comunicados de manera clara, precisa y por escrito al empleador» (acentúa la Sala)

Bajo el abrigo de las consideraciones de la Alta Corporación, es viable concluir que las circunstancias que se reclaman de quien pretende la declaratoria del despido indirecto, en el *sub examine*, en manera alguna se materializan con la escueta manifestación de PULIDO DURAN en la misiva militante a folio 72, menos aún, al pretender ahora sustentarla en aspectos no relacionados en el acto mismo de dimisión contractual.

Fluyendo atinada la decisión esbozada por la Juez de Conocimiento, dimanando en la confirmación del fallo de primera instancia en lo que a este tópico respecta.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Atendiendo los reparos invocados por la llamada a debate en la alzada, juzga conveniente indicar inicialmente esta Sala de Decisión que, conforme a reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, le atañe al funcionario judicial analizar los supuestos fácticos y normativos del *libelo demandatorio*, y conforme a la interpretación que de ella emane, bajo los preceptos constitucionales y laborales, determinar el camino a continuar en el ámbito de reclamos petitorios y rubros a que tenga derecho el solicitante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En la medida que, su configuración no puede ser un aspecto alejo a quien esta llamado a debatir y declarar el derecho, como lo señaló en sentencias SL 11042 de 2014 y SL5863 -2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo y, sentencia SL 580 de 2013 M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, última determinación que enseñó:

«Lo anterior implica que, para evitar cualquier ruptura de tal talante, corresponde a los juzgadores de instancia, ante lo oscuro o impreciso, interpretar la demanda a través de los distintos métodos posibles, para determinar cuál es el verdadero querer de las partes, la auténtica intención de quien la presentó.»

No puede perderse de vista que tal instrumento de acceso a la justicia tiene una connotación de esencialidad, pues es por su conducto que quienes comparecen a la jurisdicción exteriorizan su propósito y corresponde al Juez encontrar si existe razón en lo pedido, una vez se ha surtido todo el debate para tal efecto y ha escuchado a su contradictor» (acentúa la Sala)

De suerte que, no solo se encuentra el reclamo en el escrito introductor de la indemnización moratoria, sino que la ausencia de atino en la norma que gobierne el asunto no puede ser un limitante para evitar su estudio, de cara al debate probatorio planteado por las partes.

De manera que, no se acogerá la disidencia que al respecto planteó el apelante demandado, procediendo a corroborar si aquella anunciación de inexistencia del derecho por reclamo extemporáneo encuentra eco en esta segunda instancia, resaltando que no se alude censura en la declaratoria de mala fe impuesta por la Juez *A quo*.

Bajo tal abrigo, necesario es indicar que la acreencia laboral que debate la pasiva se encuentra estatuida en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, que en su literalidad enseña:

«ARTICULO 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

1. <Aparte tachado INEXEQUIBLE. Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:> **Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.**

Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

PARÁGRAFO 1o. Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.

PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente»

Así, bajo tal disposición, lejos se encuentra de salir avante la disidencia invocada por la pasiva en la alzada, pues aun de realizarse una lectura somera del art. 65 del Estatuto Sustantivo del Trabajo, no se encuentra soporte en la conclusión de ese extremo, en la medida que los 24 meses que relata la norma *ejudem* es precisamente para efectos de liquidación de la acreencia, pero nunca para su extinción o caducidad. Más aun, cuando para efectos liberatorios por el paso del tiempo, el mismo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

legislador estatuyó la institución adjetiva y sustantiva que le afectaría, que no es otra disímil a la prescripción de los derechos, la cual no fue si quiera invocada en el cuerdo del escrito contestatario.

De suerte que, no resultan acertadas las manifestaciones de la pasiva al señalar que el derecho se extinguió por la falta de solicitud dentro de los 2 años siguientes al fenecimiento del vínculo laboral, no solo porque ello carece de sustento normativo y jurisprudencial; sino porque, a ello se suma, que tal premisa desdice aun de las mismas documentales obrantes en el diligenciamiento, que dan cuenta de la radicación de la demanda con antelación al término invocado por la Clínica Juan N Corpas Ltda.

En esa medida, al terminarse el contrato de trabajo el 17 de enero de 2017 (folio 72, archivo 1 del exp. digital) y radicarse la demanda ordinaria laboral el 14 de enero de 2019, según da cuenta el acta de reparto individual militante a folio 31 del expediente digital, es que se comprueba la falta de acierto en la censura propuesta.

Finalmente, al no invocarse debate en las cuantías impuestas por la primera instancia, esta Sala de Decisión carece de competencia para pronunciarse, fluyendo innegable la confirmación en su integridad.

COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de los apelantes, ante la falta de acierto en los reparos de la apelación. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$500.000, para cada uno, liquídense en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 26 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **LEYDI MARCELA PULIDO DURÁN** contra la **CLINICA JUAN N CORPAS LTDA**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de los apelantes, fijando como agencias en derecho la suma de \$500.000, para cada uno, liquídense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA MERCEDES CASTELLANOS BARRERA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de septiembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **MARIA MERCEDES CASTELLANOS BARRERA** a través de apoderado judicial, persigue se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual adelantada por PORVENIR S.A., el 1° de mayo de 1996, por vicios en el consentimiento ante la falta de conocimiento pleno en los derechos, beneficios y diferencias existentes entre los dos regímenes; como consecuencia, de condene a PORVENIR S.A. el traslado a COLPENSIONES de los dineros a título de aportes pensionales desde la data de traslado hasta el último ciclo de cotización, junto con toda la información obtenida a través de las planillas de autoliquidación de aportes; condenándose a COLPENSIONES a anular el registro de traslado y a recibir y registrar en las bases de datos los correspondientes aportes que entregue Porvenir S.A., desde la fecha en que se dio el viciado traslado hasta el último aporte acreditado en la cuenta individual; costas del proceso (folios 3 y 4 del archivo “11001310500520190005600.pdf” – Exp. Digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 5 de las diligencias², que en síntesis advierten que el 17 de diciembre de 1987 inició afiliación a CAJANAL EICE para la cobertura de los riesgos de invalidez, muerte y vejez; la que permaneció hasta el 1° de mayo de 1996 cuando se trasladó al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A., pero sin recibir la información necesaria, suficiente y clara sobre las diferencias de ambos sistemas pensionales establecidos en la Ley 100 de 1993, con ausencia de proyección pensional o valor de la mesada pensional acorde con sus expectativas laborales y, sin asesoría respecto los requisitos exigidos para acceder al derecho prestacional en sus diferentes modalidades, lo que impidió decidir

² Conforme archivo “11001310500520190005600.pdf” – Exp. Digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

libremente y sin vicio alguno en su consentimiento. Resalta que se encuentra actualmente vinculada a PORVENIR S.A., donde solicitó una proyección pensional que arrojó una mesada pensional inferior a la que obtendría en el régimen de prima media.

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que la reclamante no probó los vicios del consentimiento en cuanto a error, fuerza o dolo y, por el contrario, adelantó el traslado al régimen de ahorro individual de manera libre y voluntaria, dándole validez al contrato de afiliación. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad e inexistencia de causal de nulidad; folios 67 a 75.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que para la data de traslado se entregó la información veraz, completa y oportuna sobre el régimen de ahorro individual, produciendo que se acogiera de manera libre de presiones o engaños como lo apreció la solicitud de vinculación. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación y las que se prueben en el curso del litigio, folio 111 a 130.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 30 de julio de 2020, resolvió **declarar** la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la activa a través de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

PORVENIR S.A.; **ordenar** a PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir a la demandante junto con los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral; **declarar no probadas** las excepciones propuestas y, **condenar en costas** a Porvenir S.A. (archivo de audio y video – *expediente digital*).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, bajo los apremios de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral y Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017, la pasiva no logró demostrar con las pruebas integradas al expediente ni aun del interrogatorio de parte de la demandante, la entrega de información íntegra y veraz respecto de las implicaciones del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** interpuso recurso de alzada contra la anterior **determinación**, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que la activa nunca se encontró afiliada al Instituto de seguros Sociales, pese a lo referido por el despacho, por no registrar en la base de datos de la entidad y por ejecutar el traslado al RAIS antes de la liquidación de CAJANAL, debiendo entenderse vinculada a PORVENIR como su administradora bajo el Decreto 2527 de 2000. Repara en la ausencia de demostración en un vicio de consentimiento que invalide o permita la nulidad, pues al conocer el formulario y sus condiciones aceptó las ventajas y desventajas del sistema, por lo que se evidencia es un error de derecho que no vicia el consentimiento. Indica que tampoco se acreditó falta de información, pues aun cuando inicialmente le atañe a la administradora, lo cierto es que la activa se preocupó al estar pronto a pensionarse cuando es deber de los afiliados estar informándose sobre el fondo, los beneficios y sus cambios; por lo que le concernía la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

carga probatoria al tenor del artículo 167 del CGP y la sentencia C 086 de 2016, última que resaltó el traslado cuando se vulnera una expectativa legítima, lo que no acaeció. Concluye aduciendo la afectación de la sostenibilidad financiera reglada en el artículo 48 de la Constitución Nacional y la Corte Constitucional, por dejar en desventaja a quienes han permanecido en esa prima media y que ahora serán dejados en espera por el anhelo de la accionante.

A su turno, la **AFP PORVENIR S.A.** señaló no compartir la declaratoria de la nulidad relativa, pues no solo olvida anunciar el motivo del vicio en fuerza, error o dolo limitándose a relatar la falta de información cuando el consentimiento esta probado con la suscripción del formulario; sino que, para que ello procediera, según el artículo 1743 y 1746 del Código Civil tal nulidad debía ser peticionada por la demandante lo que no acaeció, al punto que fue ese extremo quien precisó en los alegatos de conclusión que no hubo error de hecho, vicio o fuerza, más aún, cuando lo propio era ordenar restituciones mutuas para que la accionante devolviera los ejercicios financieros de los cuales se lucró, como los frutos comerciales, según lo ha determinado además la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. En lo que concierne a la carga dinámica de la prueba alude que, si bien el *A quo* indicó no estar de acuerdo con el artículo 167 del CGP, lo cierto es que bajo el artículo 13 de la misma disposición, al ser normas de orden público y de obligatorio cumplimiento no pueden ser derogadas, modificadas o sustituidas por el funcionario salvo autorización expresa de la ley, lo que no acaece ni por orden jurisprudencial de la Corte Constitucional, por lo que se impone acudir a la institución de la carga de la prueba bajo la sentencia C 086. Resalta que las manifestaciones de la demandante al asegurar que se le iba a conceder un bono pensional a los 50 años no configuran una negación indefinida, y por el contrario debía probar que ello fue así.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Este extremo peticiona la confirmación del fallo de primera instancia, resaltando en síntesis que *«se encuentra plenamente probado que mi mandante no recibió por parte de Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., información clara, completa y comprensible que le permitiese tomar una decisión informada de los beneficios, desventajas, riesgos, condiciones y características del cambio de régimen pensional y los reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia».*

Parte demandada: La convocada **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que no se demostró la existencia de un vicio en el consentimiento, al suscribir la accionante el formulario por voluntad propia y ratificarlo con la permanencia por más de 15 años, encontrándose en aquella la carga de la prueba referente a la carencia de información; aunado a que la cobijaría la prohibición del artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Agrega que *«se estaría afectando la estabilidad financiera del sistema, pues la declaratoria de la nulidad que se busca es para que COLPENSIONES al momento de recibirla, esta se le sea reconocida y pagada una pensión de vejez que le sea financiada por las personas que si han contribuido al régimen común y quienes han permanecido dentro del mismo, contrariando así el artículo 48 de la Constitución Política De Colombia».*

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia el cumplimiento conforme la solicitud radicada el 10 de octubre de 2018, militante a folios 25 y 26³.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados por Colpensiones y Porvenir S.A., junto con el grado jurisdiccional de consulta a favor del primero, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por MARÍA MERCEDES CASTELLANOS BARRERA al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente⁴, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, solicitudes pensionales y respuesta (fls.9, 10, 30 a 33), reporte de

³ Conforme archivo “11001310500520190005600.pdf” – Exp. Digital.

⁴ La relación de pruebas documentales corresponde al archivo “11001310500520190005600.pdf” – Exp. Digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

semanas cotizadas e historia laboral consolidada (fls.11 a 19, 25 a 29), expediente administrativo obrante en la pasiva (fls.131 a 133, 136 y archivo en exp. Digital “EXPEDIENTE DIGITAL”), proyección pensional (fls.167 a 170) e interrogatorio de parte absuelto por la demandante (*Exp. Digital* - archivo de audio y video).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que señaló *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes de que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha indicado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, señaló:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto 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 afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

*A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria** cuando las personas **desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica**; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)*

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla» (Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. 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».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.»

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

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.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.
2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.
3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.
4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.
5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TEORIA DEL CASO

Al analizarlas las pruebas documentales, *liminarmente* habrá de referir esta Sala de Decisión que conforme lo precisó el *A quo* en la determinación cuestionada, no existen pruebas en el diligenciamiento que conduzcan si quiera a entrever una vinculación de la activa con CAJANAL, al punto que las demandadas no aceptaron tal hecho en los *libelos* de respuesta y del reporte de la cuenta individual expedido por Porvenir S.A. y la certificación de ASOFONDOS (folios 12 y 131 del expediente administrativo), fluye incuestionablemente que la entidad origen del traslado es Colpensiones.

De manera que, en análisis de los elementos de convicción bajo los postulados de los artículos 60 y 61 del C.P.L., es que se confirmará tal declaración, sumando a que, aun en gracia de discusión, existe una imposibilidad material en disponer como lo pretende la apelante Colpensiones, un reintegro de los emolumentos a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE por su extinción material y, en la medida que la conclusión de restitución de los valores a Colpensiones, dimanaría como una consecuencia ineludible por mandato del artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, al estatuir el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.

Continuando con el estudio de las pruebas, se haya que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., el cual se gestó el 29 de marzo de 1996 con efectividad del 1° de mayo de esa anualidad (folios 131 y 133); administradora donde se encuentra actualmente realizando aportes al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 11 a 19); supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura que la AFP PORVENIR S.A. tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y, en cumplimiento a la carga dinámica de la prueba prescrita en el artículo 167 del CGP que, a su vez, libera de tal deber a quien reseña negaciones indefinidas como la no entrega de datos en el acto genitor de traslado. Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folio 131.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la demandante, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en indicar la ausencia de asesoría por el representante de PORVENIR S.A.; quien fue la persona que le comentó lo que decía en el recuadro de la rúbrica a saber, la entrega de un bono pensional a los 50 años, pero sin que ello fuera verdad. Resalta que no le ilustraron nada relativo a una cuenta individual o la posibilidad de realizar aportes voluntarios.

Dimanando en que las probanzas arrimadas a las diligencias no son suficientes para probar el consentimiento informado y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado; conducta omisiva que a todas luces demuestra una inducción en error a la accionante por la AFP PORVENIR S.A., lo cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A. incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al ser su obligación suministrar la globalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo al afiliado en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues, las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

Por otra parte, para la Sala pertinente resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, SL13873-2014 y SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

«... la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto».

Ahora, atendiendo la ausencia de disposición respecto a la devolución de los gastos de administración, esta Sala de Decisión adiciona el proveído de primer grado en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

*La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, **de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración...**»*

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:

*«Del texto transcrito es razonable colegir que, **al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida y cuáles no, la norma está precisando la vinculación que produce efectos jurídicos y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado...**»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, se adicionará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas, en estudio del asunto en grado jurisdiccional de consulta.

Se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en tanto es la consecuencia directa de la oposición de la pasiva y la condena fulminada. En esta segunda instancia sin costas dadas las resultas del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 30 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** que traslade la totalidad de dineros, sin efectuar descuentos con ocasión al traslado o por gastos de administración, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas, dado el resultado del grado jurisdiccional de consulta.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA MERCEDES CASTELLANOS BARRERA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (RAD. 0520190005601)

M.P. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **PATRICIA ANGELICA HURTADO TURBAY** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de septiembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Diana María Vargas Jerez** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.090.449.043 de Cucuta y tarjeta profesional 289.559 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **PATRICIA ANGELICA HURTADO TURBAY** a través de apoderado judicial, persigue se declare la nulidad del traslado adelantado a PROTECCIÓN S.A., el 31 de agosto de 1994, por ausencia de información veraz, completa y oportuna en la etapa precontractual y, consecuentemente, por las mismas razones, se declare la nulidad de las vinculaciones a Porvenir S.A. el 30 de junio de 1997 y Old Mutual S.A. el 23 de septiembre de 2004. Así mismo, se retrotraigan las cosas a su estado anterior, ordenándose a Colpensiones a tener entre sus afiliados a la activa como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, costas y agencias en derecho (folio 7 del archivo 1- *Exp. Digital*).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 7 a 9 de las diligencias², que en síntesis advierten que nació el 23 de mayo de 1965 y el 31 de agosto de 1994 se trasladó a Protección S.A. conforme el formulario de vinculación No. 10241414, pero sin que le brindaran

² Conforme archivo 1 del expediente digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales de cara a su situación particular, emitiéndose una ilustración sobre los beneficios que obtendría al cambiarse según lo detallado en declaración extra juicio. Indica que el 30 de junio de 1997 se movilizó a Porvenir S.A. y el 23 de septiembre de 2004 a la AFP Old Mutual hoy Skandia, última que realizó simulación pensional el 1º de marzo de 2018 de la cual se desprende que, comparado con la que obtendría en Colpensiones, le resulta mas beneficioso el sistema de prima media pues cuenta con 1.467 semanas. Concluye indicando que el 14 de agosto de 2018 solicitó la nulidad de los traslados, sin que Colpensiones emitiera respuesta después los 30 días que le otorga la ley.

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que dentro del expediente no obra prueba que acredite la inducción en error por las AFP o de algún vicio en el consentimiento, junto con nota de protesta o anotación que permita inferir alguna inconformidad, evidenciándose, por el contrario, que fue de manera libre y voluntaria. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las que se prueben, folios 125 a 158.

A su turno, la **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que la afiliación realizada con ese ente goza de plena validez ante la ley, al realizarse como actos voluntarios en el ejercicio de la elección libre y al tenor del artículo 1485 del Código Civil, más



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cuando ya conocía el funcionamiento del RAIS por estar con antelación en otra AFP. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados prescripción; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; buena fe y las que se prueben en el curso del litigio, folio 175 a 186.

Igualmente, la llamada a debate **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, contestó el *libelo genitor* aduciendo su oposición, por considerar que la decisión de traslado fue de manera libre, voluntaria y sin presiones, aunado a que se entregó la información objetiva sobre el RAIS y su comparación con prima media, apreciando las ventajas y desventajas. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados validez de la afiliación a Protección; convalidación de la afiliación; buena fe; inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho; prescripción e innominada, folios 259 a 266.

Finalmente, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que no se allegaron pruebas de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación y acrediten error, fuerza o dolo, más aun, cuando las características, condiciones, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban claramente en la ley, faltando la reclamante a su deber de diligencia. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe, folio 278 a 292.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 12 de agosto de 2020, resolvió **declarar** la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Patricia Angelica Hurtado Turbay con la AFP PROTECCIÓN el 31 de agosto de 1994 contenida en formulario o. 0241414 y, consecuentemente, las afiliaciones de la demandante a PORVENIR de fecha 30 de junio de 1997 contenida en formulario No. 919414 y a SKANDIA de fecha 23 de septiembre de 2004 contenida en formulario No. 69511; **ordenar** a SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS a trasladar la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora PATRICIA ANGELICA HURTADO TURBAY, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generados hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; **incluirse** en el dinero objeto de devolución a Colpensiones, por todos los demandados, los gastos de administración, comisiones y cualquier otro rubro que se hubiese descontado, valores que deben ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados por cada uno de los fondos demandados mientras estuvo vigente su vinculación en cada uno de ellos; **ordenar** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al régimen de prima media con prestación definida a la demandante, desde su afiliación inicial al ISS; **declarar no probadas** las excepciones presentadas por las demandadas y, **condenar en costas** a las convocadas (archivo de audio y video No. 5 – *expediente digital*).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, bajo los apremios de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, las reglas probatorias previstas en el artículo 1604 del Código Civil y el artículo 167 del CGP derivado de la negación indefinida aludida por la demandante, es que concluye que la pasiva no logró demostrar con las pruebas integradas al expediente ni aun de los formularios preimpresos de afiliación, la entrega de información íntegra y veraz respecto de las implicaciones del traslado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RECURSO DE APELACIÓN:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** interpuso recurso de alzada contra la anterior **determinación**, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que el expediente carece de prueba que demuestre vicio en el consentimiento en error, fuerza o dolo, pues lo que se evidencia es un error de derecho que no tiene fuerza para afectar los actos suscritos con las AFP; a lo que suma que no se alegó dentro de los 4 años siguientes a la celebración que relata el artículo 1750 del Código Civil, ello es, antes de 1998, y existió una ratificación expresa o tacita para sanear el vicio del contrato al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato según el art. 1754 de la misma disposición. Resalta que la nulidad o ineficacia afecta gravemente el principio de la sostenibilidad financiera y descapitalización del sistema, según lo establecido por la Corte Constitucional en las sentencias C 1024 de 2004, SU 062 de 2010, SU 130 de 2013 y T 489 de 2010, al manifestar que nadie puede subsidiar los aportes de otros ni beneficiarse del ahorro comunitario, dado que pone en peligro los derechos fundamentales de los demás afiliados, máxime, si no ayudaron cuando le faltaban 10 años. Concluye precisando que, desde una perspectiva social, sería contrario a la equidad y justicia el permitir que quien no ha ayudado, se beneficien de un ahorro comunitario.

A su turno, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** señaló como reparos la condena impuesta en el numeral tercero del fallo cuestionado, indicando en síntesis que aquello no fue reclamado por la demandante para ese fondo, sino para el que actualmente tiene los dineros, conforme la fijación. Aunado a que los gastos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

administración se encuentran reglados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y, al estar también a cargo de Colpensiones, lo propio era hacer un comparativo de cuanto dejó de recibir. Refiere que los seguros previsionales son dineros que se direccionan a las aseguradoras para amparar los riesgos de invalidez y sobrevivencia, por lo que debían integrarse al proceso y, que los soportes fueron trasladados a Porvenir en el año 1997 dando así cumplimiento a las restituciones mutuas que concreta el artículo 1746 del CC.

Igualmente, la **AFP Skandia S.A.** peticona se revoque la condena atinente al reintegro de gastos de administración con cargo a su propio patrimonio e indexados, por encontrarse en una imposibilidad conforme el artículo 20 de la ley 100 de 1993 al indicar que el 10% del IBC se destina a las cuentas de ahorro y el 3% para los gastos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivencia donde, según el Decreto 692 de 1994, se concluye que ese 3% para ambos regímenes se destina al mismo propósito, incluida la administración de la cuenta y garantía mínima de renta, los que fueron debidamente cumplidos. Manifiesta que debió hacerse un análisis de buena fe a consecuencia del regreso automático, pues ejecutaron la administración de la cuenta individual y rentabilidad de forma correcta al tenor de la sentencia con Rad. 25307 de 2014, más aún, cuando la comisión está para retribuir las actividades de todos los fondos, no para el afiliado ni destinado a su pensión, por lo que se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, quien no podrá cumplir esa obligación de manera retroactiva. Resalta que no es procedente declarar la indexación, pues entendida bajo la sentencia SL 9316 de 2016 como una actualización monetaria para mantener el valor adquisitivo, aquella se gestó con rentabilidad mínima por lo que emana incompatible por no generarse afectación inflacionaria, más si se ordena con cargo al propio patrimonio al generar un perjuicio económico, al tener que tomar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

dineros que no están en la cuenta individual por ser descontados desde la afiliación en 2004 para hacer la buena gestión y ser trasladados a la aseguradora, sin que fuera convocada, generando un perjuicio económico que no se generó ni con la afiliación

Concluyó apelando la administradora **Porvenir S.A.**, quien reclamo la revocatoria del fallo, manifestando que debe reprocharse a la demandante el no haber realizado el traslado con antelación, ni haber petitionado reasesorías desde su vinculación a los fondos donde estuvo, para así informarse y actualizarse respecto de los regímenes pensionales, el futuro de su pensión, de su cuenta o estado pensional, mostrando el interés solo hasta que puede ser efectiva la pensión. Alude el rechazo a la devolución de los gastos de administración indexados, por tener aquellos una destinación específica por mandato de la ley, el que cumplió su cometido en el periodo que tuvo su vigencia al ser invertidos según la ley y, en la medida que no los tiene la entidad al ser trasladados todos los dineros a Skandia, por lo que las sumas destinadas a los gastos de administración ya se agotaron o extinguieron por cumplir los fines de su objetivo.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Este extremo petitiona la confirmación del fallo de primera instancia, resaltando la falta de información veraz, completa y oportuna en la etapa precontractual, que involucrara las ventajas y desventajas de ambos sistemas pensionales, en especial, atendiendo la situación concreta de la accionante. Repara en que «no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

solo existe engaño por acción, sino también por la omisión cometida por dichos asesores al no proporcionar una información completa, pues nunca se le indico a mi poderdante que perdería los beneficios del Régimen de Prima Media con Prestación Definida»; más aun, cuando es deber de las Administradora de Fondos de Pensiones demostrar el cumplimiento de la obligación.

Parte demandada: La convocada **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que la accionante se encuentra en una prohibición legal de traslado conforme el art. 2 de la Ley 797 de 2003, ni acreditó vicios en el consentimiento cuando le concernía la carga de la prueba al tenor del art. 167 del CGP. Precisa que el deber de información en el haber de la AFP, no le exoneraba de concurrir ilustradamente a la escogencia del régimen, máxime cuando, aceptarla implicaría descapitalizar el sistema. De manera subsidiaria pretende, se condene a la AFP para que haga la devolución de la totalidad de las sumas, incluidas cuotas abonadas y gastos de administración.

La Administradora **PORVENIR S.A.** reclamó la absolución, aduciendo que el traslado de la activa se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, demostrándose que fue la afiliada quien incumplió el deber de diligencia y en cuidado de sus propios negocios, por lo que no puede beneficiarse de su propia culpa o negligencia. Repara en que la normatividad de la data de movilidad *«no exigía documentar la información brindada, bastaba con la firma del formulario de afiliación en el que constara la voluntad de afiliación del afiliado»*, por lo que debía respetarse la voluntad de las partes concediéndose valor probatorio al formulario de afiliación. Concluye aludiendo en la carencia de acierto con la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, por contener aquellos una destinación específica que se cumplió en el periodo de la afiliación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia el cumplimiento conforme la solicitud radicada el 14 de agosto de 2018, militante a folios 22 y 23³.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados por las apelantes, junto con el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por PATRICIA ANGELICA HURTADO TURBAY al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN S.A., junto con el reintegro a Colpensiones de los gastos de administración y demás emolumentos percibidos por las demandadas.

NULIDAD DEL TRASLADO

³ Conforme archivo 1 del Exp. Digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente⁴, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia del documento de identificación de la activa (fls.16), formularios de vinculación (fls.18 a 20), solicitudes pensionales y respuesta (fls.22, 23), reporte de semanas cotizadas e historia laboral consolidada (fls.25 a 36), documento titulado simulación de jubilación (fls.90 y 91), declaración extrajuicio (fls.94 a 96), expediente administrativo obrante en la pasiva (fls.187 a 225, 267 a 274, 293 a 307 y archivo No. 6 del exp. Digital), e interrogatorio de parte absuelto por la demandante (*Exp. Digital* - archivo de audio y video No. 2) y por la representante legal de Protección S.A. (*Exp. Digital* - archivo de audio y video No. 4).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que señaló «*Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas*»

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes de que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación

⁴ La relación de pruebas documentales corresponde al archivo 1 del Exp. Digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».*

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha indicado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, señaló:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto 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 afectan» (artículo 1°, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

*A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;** de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla» (Acentúa la Sala).

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SL1452 de 3 de abril, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. 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».

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. *Debida Diligencia.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.
2. *Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

3. *Manejo adecuado de los conflictos de interés.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.º de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7º. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en desfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de similares contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 10 de mayo de 1986 (folio 35), para luego trasladarse a la AFP Protección S.A., el 31 de agosto de 1994 con efectividad al 1° de septiembre de esa anualidad (fls. 18, 267 y 270). Seguido a ello, el 30 de junio de 1997, realizó un traslado horizontal dentro del mismo régimen, para en esta oportunidad afiliarse a la AFP Porvenir S.A., tal como se desprende del formulario de afiliación visto a folios 19 y 307



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

del expediente, para finalmente, suscribir formulario con Skandia S.A. el 23 de septiembre de 2004 (folio 20 y 221), aspectos que se pueden confirmar con la información contenida en el reporte SIAFP emitido por Asofondos y que reposa a folios 267 y 294, fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada y elevando cotizaciones la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 25 a 34, 187 a 197); supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura que la AFP PROTECCIÓN S.A. tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y, en cumplimiento a la carga dinámica de la prueba prescrita en el artículo 167 del CGP que, a su vez, libera de tal deber a quien reseña negaciones indefinidas como la no entrega de datos en el acto genitor de traslado. Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folio 270.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la representante legal de la demandada PROTECCION S.A., nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al limitarse a informar que no obran comprobantes de la asesoría diferentes a los integrados por HURTADO TURBAY y el formulario de afiliación, por haberse concedido de manera verbal (archivo No. 4 del expediente digital). En lo atinente al interrogatorio de parte absuelto por la demandante, se encuentra como fue reiterativa en indicar la ausencia de asesoría por el representante de PROTECCIÓN S.A.; quien únicamente le mencionó que el Instituto de Seguro Social estaba por extinguirse y que en ese fondo lograría una



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pensión en cuantía superior a una edad más temprana (archivo de audio No. 2 – expediente digital).

Dimanando en que las probanzas arribadas a las diligencias no son suficientes para probar el consentimiento informado y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado; conducta omisiva que a todas luces demuestra una inducción en error a la accionante por la AFP PROTECCIÓN S.A., lo cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la administradora de fondos de pensiones PROTECCION S.A. incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al ser su obligación suministrar la globalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo al afiliado en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues, las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

Por otra parte, para la Sala pertinente resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, SL13873-2014 y SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

«... la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto».

Ahora, atendiendo el reparo que de manera global elevaron las llamadas a debate judicial respecto a la orden de devolución de los gastos de administración indexados y cubrimiento íntegro de las cotizaciones, aun con su propio pecunio, esta Sala de Decisión no evidencia falencia en la disposición de primer grado, en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

*La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, **de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración...**»*

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:

*«Del texto transcrito es razonable colegir que, **al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida** y cuáles no, la norma está precisando **la vinculación que produce efectos jurídicos** y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que **lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado...***

(...) (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, se confirmará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas por los periodos de afiliación con cada una de las AFP, aún con cargo a su propio patrimonio, por encontrarse lógica en la disposición judicial, pues el propósito final de la misma es lograr la equivalencia entre lo percibido por objeto de cotizaciones y el monto que debe recibir Colpensiones con ocasión del afiliado que retorna, el que, como se ha *iterado* en el curso de la presente decisión, debe tenerse como si nunca se hubiera movilizado. Circunstancia que igualmente avala la orden de lograr que, el monto descontado, a la fecha comporte su igualdad con la actualización monetaria.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora, se precisa la improcedencia en reclamar la convocatoria de las aseguradoras con las cuales contrataron los seguros previsionales durante la permanencia de PATRICIA ANGELICA HURTADO, por resultan innegable la extemporaneidad de la petición y constituir un argumento no reclamado en la etapa procesal oportuna, como directos interesados.

Se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en tanto es la consecuencia directa de la oposición de la pasiva y la condena fulminada. En esta segunda instancia lo estarán a cargo de los apelantes, por la ausencia de prosperidad en los reparos invocados. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una. Liquidense en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 12 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **PATRICIA ANGELICA HURTADO TURBAY** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia lo estarán a cargo de los apelantes. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una. Liquidense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PATRICIA ANGELICA HURTADO TURBAY CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (RAD. 0720190034501)

M.P. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones que adopta la mayoría de la Sala, me permito aclarar el voto dentro del asunto de la referencia, precisando que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS y que en la ponencia que acompañe se habla indistintamente de nulidad y/o ineficacia como si se tratara de la misma figura jurídica, no es menos cierto que, el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, criterio que se acompasa con lo expuesto por nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MERY SOFIA VARGAS POO, JUAN MANUEL MARTINEZ OSPINO, JUAN DAVID MARTINEZ VARGAS, MERY ALEXANDRA MARTINEZ VARGAS, SANDRA VIVIANA MARTINEZ VARGAS, ANGELICA PAOLA BELLO AGUDELO** EN NOMBRE Y EN REPRESENTACIÓN DE LOS MENORES **ANA SOFIA MARTINEZ BELLO Y JUAN PABLO MARTINEZ BELLO** CONTRA **GRUPO CREARQ S.A.S. Y COOMPRIA SERVICIOS S.A.S.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de septiembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: Los señores **MERY SOFIA VARGAS POO, JUAN MANUEL MARTINEZ OSPINO, JUAN DAVID MARTINEZ VARGAS, MERY ALEXANDRA MARTINEZ VARGAS, SANDRA VIVIANA MARTINEZ VARGAS, ANGELICA PAOLA BELLO AGUDELO** en nombre y en representación de los menores **ANA SOFIA MARTINEZ BELLO** y **JUAN PABLO MARTINEZ BELLO**, por intermedio de apoderado judicial, persiguen se declare que **GRUPO CREARQ S.A.S.** al momento del accidente de trabajo padecido por Manuel Eduardo Martínez Vargas no contaba con seguridad ni protección, siendo la negligencia, imprevisión, descuido y omisión en el riesgo la causante de tal suceso, dimanando en la declaratoria de la culpa patronal de que trata el artículo 216 del CST, donde son solidariamente responsables GRUPO CREARQ S.A.S. y COOMPHEA SERVICIOS SAS. Como consecuencia de lo anterior, se condene a las citadas al pago de la indemnización plena de perjuicios e indemnización por daño moral, junto con la indemnización por lucro cesante para los menores ANA SOFIA MARTINEZ BELLO y JUAN PABLO MARTINEZ BELLO, mismas que deberán indexarse al momento de pago efectivo, costas y agencias en derecho (folios 63 a 65, 148, 154 a 156).

Fundamentan el *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 60 a 63, 151 a 154 de las diligencias, que en síntesis advierten que MANUEL EDUARDO MARTINEZ VARGAS prestó sus servicios personales a través de contratos de trabajo y por más de siete (7) años, a favor de GRUPO CREARQ SAS y con intervención de COOMPHEA SERVICIOS SAS; siendo el último un contrato de trabajo por duración



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

de la obra o labor contratada, desarrollado del 22 de febrero de 2016 al 7 de marzo de 2016 de forma exclusiva en el cargo de Armador, devengando como remuneración mensual la suma real de \$1'200.000 y sin que se presentaran llamados de atención o inconvenientes en las funciones encomendadas; aduciendo que MARTINEZ VARGAS enviado a CREAMQ como trabajador en misión de COOMPHIA SERVICIOS SAS, pese a ser parte del objeto social de la primera la labor desempeñada. Relata que el 29 de febrero de 2016 el señor Manuel Eduardo Martínez Vargas, encontrándose en las instalaciones de una obra a cargo de Grupo Crearq S.A.S., padeció un accidente de trabajo mientras estaba sobre un andamio en cumplimiento de las funciones delegadas por su jefe inmediato y por la falta de condiciones mínimas de seguridad en trabajo en alturas, dado que las convocadas no tenían para el momento de la ocurrencia del suceso a un Supervisor de Seguridad y Salud o Supervisor de Trabajo en Alturas, así como «al parecer» no habían puntos de anclaje en el lugar de los hechos, elemento para la garantía de primeros auxilios, ni garantizaron un ambiente de trabajo seguro, limitándose a elaborar y diligenciar formatos de inducción y actas de compromiso de seguridad de trabajo en alturas, como la firmada por MARTINEZ VARGAS, pero sin que las demandadas cumplieran con los deberes de protección y seguridad, siendo responsables en los daños causados. Señalan que el referido trabajador fue de manera posterior trasladado a la Clínica Marly, donde falleció el 7 de marzo de 2016 y que condujo a que el Instituto de Medicina Legal emitiera concepto de necropsia que documentó la presencia de un trauma craneo encefálico severo de lesiones encefálicas, junto con lesiones compatibles con embolismo graso con compromiso cerebral, pulmonar y renal, así como la iniciación de una investigación por la Fiscalía 112 Seccional que feneció con archivo por indicación de muerte accidental. Concluyen manifestando que el trabajador al momento del deceso contaba con 28 años, era hijo de MERY SOFIA VARGAS POO y JUAN MANUEL MARTINEZ OSPINO, hermano de Juan David, Mery Alexandra y Sandra



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Viviana Martínez Vargas y, padre de los menores ANA SOFIA y JUAN PABLO MARTINEZ BELLO, sumado a que se encontraba en su etapa laboral más productiva, con varios proyectos de vida y causando una grave pérdida para los accionantes.

CONTESTACIÓN: La pasiva **COOMPRIA SERVICIOS S.A.S.**, contestó el *libelo introductor* y su reforma manifestando su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo para el efecto que el accidente no se produjo en la ejecución de trabajos en alturas, sino por el desarrollo incorrecto del descenso por escaleras y por incurrir el extrabajador en comportamientos inseguros, como el no uso de los elementos de protección. Adiciona que había recibido inducción sobre los riesgos a los que estaba expuesto y su tratamiento, contaba con capacitación en trabajo en alturas avanzado, entrega de elementos de protección y había firmado acta de compromiso en el cuidado personal. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados buena fe; cumpla exclusiva del demandante; accidente laboral objetivo; capacitación en trabajo de alturas avanzado y entrega de elementos de protección personal; no satisfacción de la carga de la prueba – no se prueba el supuesto de hecho de las pretensiones; cobro de lo no debido; compensación; reducción de la indemnización por imprudencia del trabajador y las que se prueben en el curso del litigio, folios 99 a 124, 171 a 186.

A su turno, la llamada a debate **GRUPO CREARQ S.A.S.**, contestó el *libelo introductor* y su reforma aduciendo el rechazo de los reclamos petitorios, por considerar en síntesis que no fungió como empleador de Manuel Eduardo Martínez Vargas, aunado a no configurarse la solidaridad que predica el artículo 34 del CST, al no existir nexo causal entre el accidente de trabajo con la conducta por esa sociedad y Coomphia Servicios SAS en el desarrollo del mismo. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados falta de legitimación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

por pasiva; reconocimiento del accidente laboral y pago de lo correspondiente por parte de la ARL AXXA COLPATRIA S.A.; los herederos del trabajador Manuel Eduardo Martínez Vargas (q.e.p.d.) no pueden alegar a su favor la propia culpa de éste en el accidente laboral; ausencia de nexo causal entre mi poderdante y el accidente laboral sufrido por el señor Manuel Eduardo Martínez Vargas, folios 199 a 205.

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 29 de noviembre de 2019, resolvió **absolver** a GRUPO CREARQ SAS y COOMPHEA SERVICIOS SAS de todas las pretensiones incoadas en su contra por los accionantes y, **condenar en costas** a la parte demandante (folio 329).

Lo anterior por considerar el *A quo* que las actividades desarrolladas por el ex trabajador no implicaron trabajo en alturas al encontrarse descendiendo de una escalera y, que de las probanzas incorporadas a las diligencias, se logró determinar que *«la entidad empleadora y de contera la usuaria, hubiese vulnerado las normas de salud ocupacional y riesgos profesionales, toda vez que como se vio, realizó capacitaciones e inducción al trabajador artículo 2, literal g del Decreto 2400 del 79, el artículo 21, literal g del Decreto 1295 del 1994, además de hacer entrega de los implementos de seguridad necesarios para desempeñar su labor, los que no utilizó el causante por decisión suya, en lo que no puede tener injerencia la empleadora quien además contaba con un manual del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajador que obra de folio 289 a 310 del cual era pleno conocedor el trabajador»*. Agregando que, *«el accidente en este caso donde perdió la vida el señor Manuel Eduardo Martínez Vargas no ocurrió por culpa suficientemente comprobado del empleador, sino por actos imprudentes e inseguros del trabajador al no utilizar los implementos de seguridad entregados por la empleadora, realizar acciones que estaban prohibidas como bajar las escaleras de frente y no anclar las mismas al piso para evitar su desplazamiento, medidas de las cuales tenía pleno conocimiento no solo por*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la inducción dada por la demandada sino por haber cursado y aprobado un curso avanzado»

RECURSO DE APELACIÓN

La parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que no solo se deben tener establecidos los requisitos del artículo 34 del CST atinente a la responsabilidad solidaria, sino que se acredita el incumplimiento de las garantías de protección y seguridad en el trabajo con el deber de suministrar las herramientas adecuadas, que relatan los artículos 56 a 58 de la misma disposición. En lo referente a la culpa del empleador, señala que la demandada hizo incurrir al *A quo* en error al aducir que la escalera móvil por la que descendía el trabajador no constituía un riesgo por ser un punto de acceso, cuando *«conforme a lo que establece la normatividad aplicable a seguridad y salud en el trabajo, debe establecerse para el caso de escaleras móviles, esto lo manifiestan los expertos, el aseguramiento de la parte superior, inferior para evitar posibles deslizamientos, en este caso se evidencia que el empleador no cumplió con el aseguramiento de la escalera, independiente de que hubiera un acto peligroso por parte del trabajador, no había tampoco un supervisor que verificara las condiciones de esta escalera»*, pues como se mostró del interrogatorio de parte de CREARQ, este no indicó la presencia de un supervisor de trabajo en alturas sino un supervisor arquitecto con un coordinador y un director de obra, *«pero en ningún momento se hace referencia que hubiera un supervisor de trabajo seguro»*, más cuando en el sector de la construcción se establece que las actividades por encima de un 1.80 metros se considera trabajo en alturas, pues *«sino hubiera sido trabajo de altura no se hubiera requerido el equipo de seguridad para el acceso»*, por lo que se debe contar con una garantía en *«sistemas de protección contra las caídas, en este caso arnés, eslingas, puntos de anclaje, líneas de vida»*, que no se limita a la entrega sino a la presencia de *«quien supervisara, quien realizara un uso adecuado en el lugar de trabajo del arnés, la eslinga y el punto de anclaje, tampoco se acreditó la existencia de puntos de anclaje por parte del empleador en el momento de revisar el accidente de trabajo, porque se*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

evidencia que la escalera se tambaleo y esto llevó a que el trabajador cayera», por lo que, la presencia del coordinador de trabajo en alturas debe ser permanente mientras ascendía, por indicarse que era excepcional y de ser continua la Resolución 1409 de 2012 señala el listado de chequeo a cumplir, aunado a que no debe exponerse a un trabajo en alturas estando la persona sola, como lo estaba el empleado según el informe de la Fiscalía por la carencia de testigo presencial, lo que vulnera la Ley 1409 y 2400 de 1979 al no obrar con un plan de rescate o emergencias con recursos físicos en sitio para la respuesta adecuada, ni contar con elementos de protección y de primeros auxilios, pues se limitaron a llamar una ambulancia. Resalta que del informe del accidente se informó que la escalera no estaba asegurada y que el empleador había identificado el peligro pero sin tomar las medidas suficientes, máxime, cuando la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el hecho peligroso del trabajador «no exonera al empleador, que tiene que demostrar que actuó conforme a la diligencia que requiere un buen hombre de negocios», unido a la confesión de los representantes al manifestar que no había supervisor de trabajo en alturas ni de supervisar la seguridad y salud en el trabajo, por lo que «incurrió en exposición a un riesgo al trabajador, que pudo haber se evitado conforme al Convenio 167 de la OIT aplicable en Colombia por bloque de constitucionalidad debidamente ratificado por el país, debió haber suspendidos las obras si hubo un acto peligroso». Finaliza señalando la ausencia de pronunciamiento en la causación de los perjuicios a los demandantes.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Señaló que se presentan los elementos para fulminar condena, como quiera que del interrogatorio de los representantes de la pasiva se evidenció que no contaban con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

supervisor o coordinador de trabajos en alturas, aunado a existir una omisión en las medidas de seguridad «omitiendo las obligaciones generales de protección y seguridad que atañen legalmente al empleador y que concluyeron con el fallecimiento del señor MANUEL EDUARDO MARTÍNEZ VARGAS». Precisa que el fallo de primer grado no atendió la causa eficiente del accidente «en la falta de un inspector de seguridad en la obra y en la falta de supervisión en el uso de los equipos de seguridad. Tanto así que se intentó dispersar la necesidad del uso de EPP al alegar que no fue un accidente de trabajo en alturas a pesar de que el fallecimiento se causó por una caída y la parte demandada no demostró que se hubieran tomado las medidas suficientes para evitar el fallecimiento del señor MANUEL EDUARDO MARTÍNEZ VARGAS»

Parte demandada: No presentó alegatos de segunda instancia dentro del término dispuesto para el efecto.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de alzada impetrado; esta Colegiatura en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

determinar si del material probatorio recaudado se logra comprobar la consumación de una culpa patronal por GRUPO CREARQ S.A.S. en el accidente de trabajo que afectó el haber de MANUEL EDUARDO MARTINEZ VARGAS (q.e.p.d.); atendiendo el resultado anterior, determinar la presencia de solidaridad con la llamada COOMPHIA SERVICIOS S.A.S., junto con la materialización de las indemnizaciones pretendidas.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la empresa COOMPHIA SERVICIOS S.A.S. en la contestación del *introductorio*; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, copia del informe pericial de necropsia (fls.22 a 24), decisión de archivo emitida por la Fiscalía General de la Nación el 24 de mayo de 2016 y notificación, junto con oficios de entrega de cadáver (fls.25 a 30, 39 y 40), copia de acta de entrega de elementos de protección (fls.31, 127), documento titulado acta de compromiso seguro (fls.32 y 133), certificación del curso en trabajo seguro en alturas nivel avanzado y temario del mismo (fls.33 y 125, 204 a 256), copia del programa de protección ante caídas (fls.34), legajo titulado como inducción al empleado (fls.35 y 36, 126), solicitud dirigida a COOMPHIA SAS (fls.37), orden de entrega de cadáver (fls.38), registro civil de defunción y nacimiento de Manuel Eduardo Martínez Vargas (fls.41 a 43), registros civiles de nacimiento de Juan David, Mery Alexandra y Sandra Viviana Martínez Vargas; Ana Sofia y Juan Pablo Martínez Bello (fls.44 a 47, 266 y 267), copia de las Resoluciones No. 03002 de 23 de agosto de 2011 y No. 2102 de 9 de marzo de 2016 (fls.128 a 132), matriz e identificación de peligros, evaluación del riesgo y determinación de controles (fls.134 a 141), contrato de prestación de servicios temporales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

(fls.142 a 147, 187 a 192), informe de accidente de trabajo (fls.280 y 311), copia de la hoja de vida de Manuel Eduardo Martínez Vargas (fls.281 a 283), copia de formato de investigación de incidente y accidente de trabajo por AXA Colpatria (fls.284 a 286), comprobantes de nómina (fls.287 y 288), Manual del Sistema de Gestión de la Seguridad Social en el Trabajo y Ambiente (fls.289 a 310), copia de la Resolución No. 3401 de 30 de agosto de 2019 (fls.318 a 323), interrogatorios de parte rendidos por los representantes legales de las demandadas y por Mery Sofia Vargas Poo (CD a fls. 327 y 358); probanzas que no fueron tachadas de falsas y de las cuales se colige, que Manuel Eduardo Martínez Vargas fue vinculado a través de un contrato de trabajo con COOMPHIA SERVICIOS S.A.S., desde el 22 de febrero de 2016 para ejecutar el cargo de Armador y devengando como retribución directa de sus servicios la suma básica de \$700.000 (folios 100, 287 y 288), funciones de las que fue usuaria GRUPO CREARQ S.A.S. al ser remitido el citado MARTINEZ VARGAS como trabajador en misión²; de similar manera se constató que el nexo contractual feneció el 7 de marzo de 2016 con ocasión al fallecimiento del citado trabajador; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta reparo en esta segunda instancia.

Establecido lo anterior, procede la Sala a estudiar el *petitum demandatorio* bajo los reparos elevados en el recurso de alzada por la parte demandante³.

ACCIDENTE DE TRABAJO – CULPA PATRONAL

De cara a analizar el objeto de debate planteado por la parte demandante, esta Sala de Decisión considera justo memorar aquellos lineamientos normativos y jurisprudenciales que guiarán el *examine* y

² Folio 99.

³ Artículo 66A del CST.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la posible construcción o deconstrucción de la tesis planteada por el aludido extremo procesal.

Conforme a ello, se evidencia que el estatuto que rige los asuntos de orden laboral, estableció en su artículo 216 que «*cuando exista culpa suficiente comprobada del {empleador} en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios (...)*». Prescripción normativa que ha sido objeto de extenso estudio por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad del trabajo, donde ha indicado que la culpa reclamada al dador del laborío, no se extingue con la sola comprobación de un suceso que afectó el haber del prestador del servicio, bien en calidad de accidente de trabajo ora como enfermedad profesional, sino que aquella debe ser de tal magnitud que permita entrever un actuar negligente y desconocedor de las obligaciones encomendadas como patronal, en especial, las concernientes a la seguridad, protección y cuidado integral de la salud de sus trabajadores, como emana de lo reglado en los artículos 56 y 57 de la norma *ejusdem*, que refieren:

«ARTICULO 56. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN GENERAL. De modo general, incumben al {empleador} **obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores**, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el {empleador}.

ARTICULO 57. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL {EMPLEADOR}. Son obligaciones especiales del {empleador}:

1. **Poner a disposición de los trabajadores**, salvo estipulación en contrario, **los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores**.

2. Procurar a los trabajadores **locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud**.

3. Prestar inmediatamente los primeros auxilios en caso de accidente o de enfermedad. A este efecto en todo establecimiento, taller o fábrica que ocupe habitualmente más de diez (10) trabajadores, deberá mantenerse lo necesario, según reglamentación de las autoridades sanitarias.
(...)» (acentúa la Sala).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En correlación con lo precedente, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado de manera diáfana todas aquellas situaciones que comprende la responsabilidad del empleador en los riesgos del trabajo, e indica las garantías que debe prestar, entre ellas, la sentencia rad. 35261 del 10 de marzo de 2010:

*«Mediante esta Sentencia, señala la Corte que es deber esencial del empleador **brindar seguridad a los trabajadores y proveer los elementos adecuados para protegerlos de accidentes que pongan en riesgo su vida o integridad.** El empleador para exonerarse de la responsabilidad en caso de infortunio laboral **debe demostrar diligencia para prevenir o evitar su ocurrencia** (...)» (resalta fuera de texto).*

En símil sentido, la aludida Corporación de cierre ha sido enfática en establecer los estadios facticos, en los que se inferirá la ocurrencia de un evento con culpa del empleador, expresando que esta surge cuando **«quien tiene el deber de seguridad no lo acata y no despliega una acción protectora, que se concreta en la adopción de todas las medidas necesarias para que el empleado no sufra lesión alguna durante el ejercicio de la tarea, o en su defecto **no disminuye los riesgos asociados a ella**»** (SL 7459 de 2017), resultando tajante en señalar que su obligación es prever todas aquellas circunstancias que puedan generar un riesgo, así sea leve, en la salud de los trabajadores, tal como lo reclama el artículo 1604 del Código Civil y fue indicado en sentencia bajo radicado 22656 de 30 de junio de 2005, a saber *«será el empleador quien demostrara que ha actuado como un buen padre de familia respondiente hasta de la culpa leve»*.

En lo referente a la carga de la prueba, bajo los apremios del artículo 167 del Estatuto Adjetivo Civil y la última sentencia descrita, le atañe al trabajador o a sus causahabientes, probar la acción o la omisión del empleador frente a las condiciones de seguridad que debe ofrecer en el sitio de trabajo, y al empleador le corresponde probar que su conducta fue diligente, prudente, cuidadosa de las normas y reglamentos, como un buen padre de familia administraría sus propios negocios.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por manera que, atendiendo las pautas que preceden y que la culpa a demostrar corresponde a aquella subjetiva, deberá definirse el daño, la culpa y el nexo de causalidad entre estas.

Descendiendo al *sub lite*, se evidencia que en esta segunda instancia no se presenta reparo frente al daño físico que afectó al trabajador Manuel Eduardo Martínez Vargas y, que por la gravedad concluyó con el fallecimiento, como da cuenta el informe pericial de necropsia emitido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses que reseña «*causa básica de muerte: TRAUMATISMO CONTUNDENTE EN CAIDA DE ALTURA*», folio 22 vuelto. *Iterado* por la Fiscalía General de la Nación en determinación del 24 de mayo de 2016⁴, al aludir:

«(...) deceso de un hombre que en vida se llamó MANUEL EDUARDO MARTINEZ VARGAS, quien al parecer sufrió caída desde un andamio el día 29 de febrero de 2016, ingreso a la Clínica de Marly donde recibió atención médica y pese a los procedimientos médicos a los que fue sometido, falleció.

(...)

(...) los medios de conocimiento obtenidos con ocasión de la muerte indican con claridad para el caso que nos ocupa, que el deceso se produjo como consecuencia de muerte VIOLENTA, ante TRAUMATISMO CONTUNDENTE EN CAÍDA DE ALTURA» (acentúa la Sala)

Ahora, las circunstancias que rodearon su acaecimiento emanan de sendas probanzas que se relacionaran detalladamente, a fin de lograr la concatenación de sucesos.

Así, se evidencia del informe emitido por COLPATRIA ARL que el 29 de febrero de 2016 el señor MANUEL EDUARDO MARTINEZ VARGAS «*se encontraba ubicado aproximadamente a 2 metros 20 cm de altura sobre una estructura, la cual se disponía [bajar] de frente por una escalera vertical, este pierde el equilibrio y cae golpeándose en la cabeza y en otras partes del cuerpo contra una estructura metálica (andamio de un nivel), un compañero que se encontraba cerca se dirige donde el para verificar lo sucedido y lo encuentra se mi inconsciente, este avisa al jefe inmediato lo sucedido y le envían una ambulación para que este sea valorado y*

⁴ Folios 25 a 29.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

remitido al centro de atención más cercano»⁵; en similares términos, dentro del legajo nominado INVESTIGACION DE INCIDENTE adelantado por la misma entidad, precisó que «el trabajador se encontraba trabajando en un nivel superior ubicado a más de 2,20 Metros **sin elemento de protección** (Casco de seguridad, arnés y eslingas de posicionamiento) el cual se encontraba disponible, **el trabajador intenta bajar por una escalera colocada verticalmente de frente, la cual no estaba asegurada, al intentar bajar la escalera esta se corre haciendo perder el equilibrio del trabajador y cayendo de una altura aproximada a los 2.20 metros, este golpea con una estructura metálica (andamio) con su cabeza generándole un trauma interno**, de inmediato se informa lo sucedido y es solicitada una ambulancia para que preste los primeros auxilios y sea remitido al centro de atención médica para su valoración».

Acotaciones que guardan cierta identidad con aquellas gestadas por los representantes legales de las convocadas a juicio, quienes en audiencia celebrada el 25 de noviembre de 2019 (CD a folio 327), de manera uniforme resaltaron que el incidente tuvo lugar en la escalera de acceso a la plataforma ubicada a 2.20 metros y, por un acto imprudente del ex trabajador al descender dándole la espalda a la escalera cuando debía haberlo ejecutado de cara a la misma; resaltando COOMPHEA SAS que ello no constituye trabajo en alturas por no estar sobre la base y, agregando el representante de CREARQ SAS que «no cae de 2.2 metros porque eso es el borde de la placa que estaban soldando, él baja, en una parte del trayecto al bajar la escalera, estimamos 1.60, 1.70 porque baja de frente como se lo indiqué anteriormente que es el error que le genera el accidente»; adicionando que el arquitecto encargado de coordinar las labores no se encontraba en el momento de la caída, por no estar realizándose trabajo en altura dado que, aquel, también vigilaba ese aspecto aun cuando «no tenía licencia HSQ pero estaba en coordinación con la ARL y con todos los protocolos que habían coordinado para ese trabajo, que era de un tiempo mínimo y de una duración que no requería un HSQ ahí en la obra», pues aquel solo se presenta cuando estaban armando y están sujetos en el aire con «grúas o con unos malacates haciendo

⁵ Folio 280.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

unas uniones» de las láminas de stilde para conformar el entre piso sobre unas vigas, como trabajo desplegado por Martínez Vargas.

Refiere que Manuel Eduardo Martínez (q.e.p.d.) contaba con un curso avanzado que le permitía tener conocimiento de cómo *«descender de las escaleras temporales para obra, que no son las definitivas porque precisamente se está armando una estructura que va a sostener una futura edificación»* y que el citado estaba en compañía de otro trabajador de nombre Darío, quien *«se queda a recoger los elementos de seguridad del señor Manuel quien, cuando dice hora de irnos, sale corriendo deja todo y se baja de frente»* a lo que el compañero DARIO le dice *«Manuel lleve el equipo, le toca a Darío devolverse a recogerlo, Manuel baja, se quita el casco, baja de frente y tiene un tropiezo porque encontramos el teléfono en el piso, no sabemos si era que iba hablando por el teléfono, él baja de frente y cuando baja de frente, al haber descendido algunos pasos, por eso la medida que usted tiene de uno ochenta que no es preciso el señor de COOMPHIA ni usted, él ya había bajado varios pasos de la escalera cuando se tropieza y se va de frente».*

Concluyen relatando los interrogados por el extremo pasivo, que se habían desplegado las capacitaciones correspondientes antes del inicio de labores, junto con la entrega de los elementos de protección.

Finalmente, en lo que corresponde a las acotaciones consumadas por el referido compañero de funciones del *de cuius* para el 29 de febrero de 2016, se encuentra que en la determinación de archivo proferida por la Fiscalía (folio 26) relató lo acaecido en los siguientes términos:

*«De igual manera en entrevista realizada al señor IVAN DARIO VELASQUEZ ESPITIA, manifestó que él y el occiso trabajaban en estructuras, estaban teniendo un stilder que es como una teja que se utiliza para depositar el concreto, no pudieron poner el stilder, no cuadraba como tenía que quedar, eran alrededor de las 4:30 decidieron parar mientras trataban de comunicarse con el ingeniero para preguntarle qué era lo que tenían que hacer para no cometer un error, al ver que el ingeniero no contestaba las llamadas, decidieron bajar, el entrevistado expuso que al fijarse que se estaba quedando una careta al otro lado de la placa en la que estaban trabajando, se fue a recogerla, **momento en el que se escuchó un golpe, al fijarse por el hueco donde estaba la escalera, ya el señor MANUEL estaba tendido en el suelo»** (negrilla fuera de texto)*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Resultando evidente, se *itera*, el primer presupuesto atinente al daño, pero acotando esta Sala de Decisión que respecto a las circunstancias que dieron paso a la afectación corpórea de Manuel Eduardo Martínez Vargas, se encuentra un evidente vacío del hecho exacto de la caída padecida, al fluir incuestionable que el ex trabajador se encontraba únicamente con el par Iván Darío Velásquez, último que conforme lo relató ante el ente investigador penal se presentó la decisión de bajar de la estructura, pero que al devolverse para recoger una careta solo escuchó el golpe y fue ahí, al revisar, que evidenció al causante tendido en el suelo.

De suerte que, todas aquellas precisiones de descenso por la escalera provisional y que lo fue de manera incorrecta por Manuel Eduardo Martínez, en que tan enérgicamente se sustentan las demandadas, no encuentra soporte en ningún medio de convicción. No obstante, al no ser este punto objeto de debate por los demandantes en la alzada, al emanar aceptado tal supuesto de facto al limitarse en indicar que el punto de acceso comporta trabajo en alturas, será precisamente ahí, como hecho no discutido, que se continuará con el análisis de esta segunda instancia.

En lo que comporta al segundo elemento anunciado en líneas precedentes, concerniente a la culpa comprobada del empleador y que en esencia persigue acreditar la falta de observancia en los deberes encomendados; es necesario precisar que en criterio de la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre varias, en las sentencias SL261-2019 y SL4713-2018, lo que se persigue con este tópico es verificar la idoneidad del trabajador desde el inicio del nexo, traducida en la existencia de calificación y conocimientos, así como la identificación de parámetros antes de operar como estados anímicos y de salud; de similar manera, es indispensable la adopción de medidas «a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

su alcance»⁶ en orden de prevenir los accidentes que le «asegurarían la minimización o eliminación del riesgo al cual estaba sometido con ocasión de su trabajo»⁷, con el constante acompañamiento y supervisión del empleador, de forma mediata e inmediata, pero precisando que:

*«La vigilancia del empresario sobre las labores subordinadas asignadas a cada colaborador, desde luego, **debe ser lo suficientemente técnica y oportuna para controlar el resultado de la labor encargada al trabajador y tener la posibilidad de corregir cualquier incidente que ponga en peligro la integridad y bienestar del mismo**; empero, no puede suponer la exigencia de contar con la presencia de más supervisores custodiando las condiciones de seguridad del empleo, que operarios ejecutándolo. Por ello, se insiste, la capacitación y el adiestramiento del trabajador debe ser concluyente, categórica y profusa, para garantizar que el trabajador cuando se encuentre en circunstancias como las que ambientan el asunto sub lite, pueda adoptar acciones tendientes a garantizar una labor técnica y procurarse el mayor grado de seguridad alcanzable. (...)*

*...debe estar acreditado el accidente y las circunstancias en las que ha tenido ocurrencia, y «[...] **que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente** [...]» (CSJ SL, 10 marzo 2005, radicación 23656; CSJ SL10262-2017; CSJ SL10417-2017; y CSJ SL17026-2016)» (resalta fuera de texto).*

Bajo tales presupuestos, descende esta Sala de Decisión a determinar si se desplegaron tales actos en el transcurso de la relación laboral con MANUEL EDUARDO MARTINEZ VARGAS para la data del suceso que termino con el lamentable fallecimiento del precitado, así como, si el hecho causante fue gestado de la falta de previsión de la pasiva.

Con ocasión a ello, conveniente resulta establecer inicialmente si el acto de descenso por los puntos de acceso a una estructura en altura comporta trabajo en tal grado, para con ello, concretar las cargas patronales a cubrir.

⁶ SL 261-2019

⁷ SL 4713-2018



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Bajo tal camino, la Resolución No. 1402 de 2012 mediante la cual se «establece el Reglamento de Seguridad para protección contras caídas en trabajo en alturas», vigente para la data de evento, entrega una serie de parámetros para identificar la presencia de trabajos con tal título y la obligatoriedad de desplegar protocolos adicionales para prevenir caídas en todo trabajo a «1.50 m o más de un nivel inferior», aduciendo que para construcción de nuevas edificaciones y obras civiles «se entenderá la obligatoriedad de esta resolución una vez la obra haya alcanzado una altura de 1,80 m o más sobre un nivel inferior, momento en el cual el control de los riesgos se deberá hacer desde la altura de 1,50 m».

A su turno, el artículo 8° del citado acto estableció como medidas de protección la capacitación, sistemas de ingeniería, medidas colectivas de prevención, permiso de trabajo en alturas y los «**sistemas de acceso para trabajo en alturas y trabajos en suspensión**», de los cuales debe ser conocedor el coordinador de trabajo en alturas al tenor del literal k, inciso 2 del artículo 11, en correlación con lo dispuesto por la Resolución 3368 de 2014. Y que se reclaman conocer al prestador del servicio en términos de nivel de capacitación operativa a través de un curso básico, en tanto debe «utilizar un sistema de acceso seguro como escaleras y plataformas con barandas; o escaleras portátiles, plataformas portátiles, canastillas y similares» (inciso 1°, literal b, numeral 4°, artículo 11 de la Resolución 1402 de 2012).

De suerte que, hasta este estadio normativo se evidencia que los sistemas de acceso, lejos de vislumbrarse como una cuestión ajena y distante al acto de trabajar en niveles superiores, fue conceptuada y entendida como una medida de protección que reclaman cuidado del dador de laborío, al grado que en el artículo 18 *ejudem* precisó:

«ARTÍCULO 18. SISTEMAS DE ACCESO PARA TRABAJO EN ALTURAS. Para los fines de esta resolución que establece el Reglamento de Seguridad para protección contra caídas en trabajo en alturas, **se consideran como sistemas de acceso para trabajo en alturas:** los andamios, **las escaleras**, los elevadores de personal, las grúas con canasta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

y todos aquellos medios cuya finalidad sea permitir el acceso y/o soporte de trabajadores a lugares para desarrollar trabajo en alturas.

Todo sistema de acceso para trabajo en alturas y sus componentes, debe cumplir las siguientes condiciones o requisitos para su selección y uso:

1. Deben ser certificados y el fabricante debe proveer información en español, sobre sus principales características de seguridad y utilización.

2. Ser seleccionados de acuerdo con las necesidades específicas de la actividad económica, la tarea a desarrollar y los peligros identificados por el coordinador de trabajo en alturas.

3. Ser compatibles entre sí, en tamaño, figura, materiales, forma, diámetro y estas características deben ser avaladas por el coordinador de trabajo en alturas y en caso de dudas, deberán ser aprobados por una persona calificada.

4. Garantizar la resistencia a las cargas con un factor de seguridad, **que garantice la seguridad de la operación**, de acuerdo con la máxima fuerza a soportar y la resistencia a la corrosión o desgaste por sustancias o elementos que deterioren la estructura del mismo; en caso de dudas, deberán ser aprobados por una persona calificada.

5. En el caso de sistemas colgantes (andamios o canastas para transporte de personal), lo correspondiente a cables, conectores, poleas, contrapesos y cualquier otro componente del sistema, deberá ser certificado, contar con diseños de Ingeniería y sus partes y cálculos antes de la labor, además deben garantizar un factor de seguridad que garantice la seguridad de la operación, en caso de dudas, estos sistemas deberán ser aprobados por una persona calificada.

6. Ser inspeccionados antes de cada uso por parte del usuario y mínimo una vez al año por el coordinador de trabajo en alturas, conforme a las normas nacionales o internacionales vigentes. Si existen no conformidades, el sistema debe retirarse de servicio y enviarse a mantenimiento certificado, si aplica, o eliminarse si no admite mantenimiento, y

7. Tener una hoja de vida, donde estén consignados los datos de: fecha de fabricación, tiempo de vida útil, historial de uso, registros de inspección, registros de mantenimiento, ficha técnica, certificación del fabricante y observaciones.

(...)"

Escalera que, conforme a las medidas de prevención encartadas al patronal, no solo debe contar con huella y contrahuella, sino que su superficie debe ser completamente antideslizante al tenor el inciso 4º, literal b) del artículo 16 de la Resolución en cita. Y determinando como lineamientos para el uso seguro del sistema de acceso que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«ARTÍCULO 19. LINEAMIENTOS PARA EL USO SEGURO DE SISTEMAS DE ACCESO PARA TRABAJO EN ALTURAS. *El montaje y/u operación de todo sistema de acceso para trabajo en alturas, debe ser inspeccionado por el coordinador de trabajo en alturas conforme a las instrucciones dadas por el fabricante o una persona calificada, atendiendo las normas nacionales o en su defecto las internacionales y de acuerdo con las disposiciones de prevención y protección establecidas en la presente resolución.*

Se debe garantizar completa estabilidad y seguridad del sistema de acceso para trabajo en alturas, de tal forma que este no sufra volcamiento o caída. Incluye verificar la estabilidad del suelo para la carga a aplicar.

El montaje y operación de todo sistema de acceso para trabajo en alturas, debe garantizar una distancia segura entre este y las líneas o equipos eléctricos energizados de acuerdo con las normas eléctricas aplicables.

Todo sistema de acceso para trabajo en alturas, debe estar debidamente asegurado en forma vertical y/u horizontal, conforme a las especificaciones del mismo.

Siempre que se trabaje con sistema de acceso para trabajo en alturas, el trabajador no debe ascender por encima de los límites seguros permitidos establecidos para cada sistema. En el caso en que el sistema cuente con una plataforma, ella debe cubrir la totalidad de la superficie de trabajo y contar con sistema de barandas que cumpla con las disposiciones establecidas en la presente resolución.

El uso de sistema de acceso para trabajo en alturas no excluye el uso de sistemas de prevención y protección contra caídas.

PARÁGRAFO. *La selección y uso específicos de cada sistema de acceso para trabajo en alturas, y de los sistemas de prevención y protección contra caídas aplicables, **debe ser avalado por escrito por el coordinador de trabajo en alturas y/o una persona calificada y debe atender a las instrucciones y especificaciones dadas por el fabricante»***

Al abrigo de tal catalogación, lo primero que habrá de señalarse es que si bien de la regulación traída a juicio en líneas precedentes no define el ascenso y descenso al sitio de trabajo como una labor en alturas, entendida como aquel despliegue de la fuerza de trabajo a fin de reparar, construir o cumplir el encargo para el cual fue contratado, en el *sub examine*, el de armador. Ello por sí solo no puede conducir a llevar al traste tal aspecto, como algo ajeno o disímil que no reclama la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

continuidad en la protección, pues comporta una unidad con el momento de la ejecución de la función, al punto que la norma se limita a determinar su aplicabilidad para el *«trabajo en el que exista el riesgo de caer a 1,50 m o más sobre un nivel inferior»*.

Razón por la cual, desde el mismo ingreso al sitio de la obra se reclama señalización, medidas de control de personal, supervisiones constantes, absorbedores de choques, redes de resguardo de cosas y personas, entre muchas, pues lo perseguido por las regulaciones citadas no es únicamente definir los lineamientos para el preciso instante de su desarrollo, muy por el contrario, incluyen especificaciones para la mitigación del riesgo en la caída desde la génesis de la labor y en el entendido que se es trabajador de alturas, no solo cuando esta “corporalmente” en un nivel superior, sino desde que debe desplegar su ascenso.

De suerte que, aquella escueta manifestación del representante legal de CREARQ S.A.S. al indicar que no resultaba necesario contar con coordinador en alturas por ser una obra pequeña y de corto tiempo, no solo desdice de sus propias referencias al advertir que si había tal coordinador pero que se había retirado a recoger unos materiales, sino que tales postulados espacio - temporales no resultan ser los rangos reglados para la determinar cuándo se trabaja en alturas y, por lo tanto, se precisan medidas en pro de resguardar a los trabajadores.

En ese orden, al encontrarse probado que MANUEL EDUARDO MARTINEZ VARGAS ejecutaba las funciones en una plataforma de 2.20 metros sobre el nivel del piso, es que indiscutible debe seleccionarse su labor de armador como trabajador en alturas con las consecuencias proteccionistas que ello implica. Más aun, cuando no se halla acierto en la manifestación de que, al haber descendido de las escaleras y estar entre 1.70 a 1.60 metros no necesitaba resguardo, pues lo que concreta la Resolución 1402 de 2012 no es que su aplicabilidad se bloquea por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la ubicación del trabajador, sino que emana de la altura de la construcción, aunado a que resalta en el parágrafo 1° del artículo primero que «*el cual el control de los riesgos se deberá hacer desde la altura de 1,50 m.*».

Bajo tal espectro normativo, preciso resulta indagar si se cumplieron con los parámetros mínimos de seguridad. Así, se advierte de la prueba documental que se observaron las cualidades profesionales del trabajador, como emana del certificado de trabajo en alturas avanzado del 2 de mayo de 2015 (folio 33); junto con la realización de capacitaciones de inducción el 19 de febrero de 2016, respecto a las generalidades de salud ocupacional por el tipo de riesgos y reporte de accidentes de trabajo (fl. 36) con la suscripción del causante de acta de compromiso seguro (fl. 133), y la entrega de elementos de protección el 24 de febrero de 2016, según da cuenta el legajo a folio 31 y 127 que señala:

«ACTA DE ENTREGA ELEMENTOS DE PROTECCIÓN PERSONAL

Mediante la presente acta Grupo Crearq S.A.S. hace entrega formal a MANUEL EDUARDO MARTINEZ de los elementos de protección personal relacionadas en éste documento, que estarán bajo el cuidado y tiene como objetivo proteger y preservar la integridad física del firmante, ajustándose a las normas y lineamientos vigentes para la república de Colombia, es deber del signatario de esta acta realizar un correcto uso de estos elementos. En las situaciones que sean necesario su utilización. De la misma forma, el signatario debe velar por la integridad de los mismos y hacer revisiones permanentes durante el tiempo de vigencia de dichos elementos de protección informando al o los responsables del estado y las condiciones de los elementos relacionados.

- 1) *Arnés de cuerpo entero*
- 2) *Eslinga de posicionamiento*
- 3) *Eslinga de absorción de caídas*
- 4) *Casco dielectrico con barbuquejo*
- 5) *Mascara de protección respiratoria*
- 6) *Filtros para mascara de protección respiratoria”*

(...)»

Ahora, aun cuando fue incorporado el Manual de Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el trabajo y Ambiente de COOMPRIA SAS a folios 289 a 310, el mismo no señala el momento de su expedición y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

solo refiriere que es la versión segunda del 15 de diciembre de 2016, lo que impide su análisis por ser posterior al accidente padecido por MANUEL EDUARDO MARTINEZ el 29 de febrero de 2016.

En lo concerniente a las medidas de protección y prevención que, como se dilucidó en apartes precedentes, incluyen la presencia de un supervisor de trabajos en alturas, como así lo ha adocinado la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en las sentencias SL261-2019, SL4713-2018 y SL16102 de 2014; necesario es indicar que pese a resaltarse que se contaba con aquel para la ejecución de la construcción, siendo entregado tal título al arquitecto de la obra, lo cierto es que de la misma confesión por el Representante Legal de CREARQ SAS éste no solo se ausentó abundante tiempo, tanto que según el relato Iván Darío Velásquez ante la Fiscalía se comunicaron telefónicamente con aquel desde las 4:30 pm sin obtener respuesta (folio 26), hasta que decidieron descender y se gestó el accidente a las 5:10 pm (folio 280), sino que no cumplía con los licenciamientos para cumplir ese encargo, al carecer de licencia en HSEQ y no saber si poseía licencia de seguridad y salud en el trabajo.

Denótese como la Resolución 1402 de 2012 precisa como obligación del empleador el disponer de un coordinador en alturas que asegure la compatibilidad de los componentes del sistema de protección contra caídas (numerales 6 y 13 del artículo 3º) y que, aun cuando bajo la égida del numeral 15, artículo 2º *ejudem* modificado por el numeral 1º de la Resolución 3368 de 2014, no implica la creación de un nuevo cargo, si debe cumplir sendas características profesionales como lo prescribe el artículo 8º del último acto administrativo anunciado, al citar:

«ARTÍCULO 8o. PERFIL DEL COORDINADOR DE TRABAJO EN ALTURA. *El coordinador en trabajo seguro en alturas debe contar con el siguiente perfil:*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

1. **Formación básica.** Debe tener formación en los términos señalados en el numeral 2o del artículo 11 de la Resolución 1409 de 2012, o certificación en el nivel de coordinador de trabajo en alturas.

2. **Experiencia requerida.** Experiencia certificada mínima de un (1) año relacionada con trabajo en alturas.

3. **El coordinador debe adquirir o demostrar habilidades, por formación o certificación, en:**

- a) Planificación y organización en: estrategias, recursos, desarrollo y evaluación de procesos de trabajo;
- b) Comunicación efectiva;
- c) Direccionamiento de equipos de trabajo;
- d) Liderazgo personal»

Así, trasladándose al numeral 2º, art. 11 de la Resolución 1402 de 2012 el coordinador de alturas debe demostrar la capacitación en:

«Estos programas de capacitación deben tener un mínimo de 80 horas certificadas de intensidad, 60 teóricas y 20 prácticas e incluirán por lo menos, los siguientes temas:

- a. Naturaleza de los peligros de caída de personas y objetos en el área de trabajo y fomento del autocuidado de las personas;
- b. Requisitos legales en protección contra caídas para trabajo seguro en alturas, de acuerdo a la actividad económica;
- c. Responsabilidad laboral, civil, penal y administrativa;
- d. Conceptos técnicos de protección contra caídas para trabajo seguro en alturas;
- e. Medidas de prevención y protección contra caídas en trabajo desarrollados en alturas;
- f. Programa de protección contra caídas;
- g. Procedimientos de trabajo seguro en alturas;
- h. Listas de chequeo;
- i. Procedimientos para manipular y almacenar equipos y materiales utilizados para protección contra caídas;
- j. Equipos de protección personal contra caídas (selección, compatibilidad, inspección y reposición) y sistemas de anclaje;
- k. Sistemas de acceso para trabajo seguro en alturas;
- l. Fundamentos de primeros auxilios;
- m. Conceptos básicos de autorrescate, rescate, y plan rescate;
- n. Elaboración del permiso de trabajo en alturas; y,
- o. Técnicas de inspección»

De manera que, siendo las empresas encartadas las obligadas en acreditar que quien fue designado con la labor de coordinador de alturas cumplía a cabalidad con los lineamientos antes señalados, ello no se acreditó en el *sub judice* al punto que en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de CREARQ S.A.S., aquel desconoce si contaba con capacitación en seguridad del trabajo y resaltó no poseer la nominada HSEQ.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por último y no menos importante, se advierte con asombro que las llamadas a debate intentaran desvirtuar o eliminar de importancia a la fuente de acceso a la plataforma, cuando de las normas atrás transcritas salta más que evidente la necesidad y utilidad en que aquel elemento cumpliera con unos rangos mínimos de protección y prevención como huella, contrahuella, material antideslizante debidamente certificado por el coordinador de alturas de manera escrita y quedara debidamente fijado en el terreno base, según lo informa el art. 19 la aludida norma:

«ARTÍCULO 19. LINEAMIENTOS PARA EL USO SEGURO DE SISTEMAS DE ACCESO PARA TRABAJO EN ALTURAS. *El montaje y/u operación de todo sistema de acceso para trabajo en alturas, debe ser inspeccionado por el coordinador de trabajo en alturas conforme a las instrucciones dadas por el fabricante o una persona calificada, atendiendo las normas nacionales o en su defecto las internacionales y de acuerdo con las disposiciones de prevención y protección establecidas en la presente resolución.*

Se debe garantizar completa estabilidad y seguridad del sistema de acceso para trabajo en alturas, de tal forma que este no sufra volcamiento o caída. Incluye verificar la estabilidad del suelo para la carga a aplicar.

El montaje y operación de todo sistema de acceso para trabajo en alturas, debe garantizar una distancia segura entre este y las líneas o equipos eléctricos energizados de acuerdo con las normas eléctricas aplicables.

Todo sistema de acceso para trabajo en alturas, debe estar debidamente asegurado en forma vertical y/u horizontal, conforme a las especificaciones del mismo.

Siempre que se trabaje con sistema de acceso para trabajo en alturas, el trabajador no debe ascender por encima de los límites seguros permitidos establecidos para cada sistema. En el caso en que el sistema cuente con una plataforma, ella debe cubrir la totalidad de la superficie de trabajo y contar con sistema de barandas que cumpla con las disposiciones establecidas en la presente resolución.

El uso de sistema de acceso para trabajo en alturas no excluye el uso de sistemas de prevención y protección contra caídas.

PARÁGRAFO. *La selección y uso específicos de cada sistema de acceso para trabajo en alturas, y de los sistemas de prevención y protección contra caídas aplicables, debe ser avalado por escrito por el coordinador de trabajo*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en alturas y/o una persona calificada y debe atender a las instrucciones y especificaciones dadas por el fabricante»

De suerte que, al carecer el diligenciamiento de documento informativo sobre la idoneidad de la escalera usada el 29 de febrero de 2016 y de la cual cayó el extrabajador Manuel Eduardo Martínez Vargas, es que no cumplieron los parámetros dispuestos por la norma, tanto que así fue reseñado por la ARL COLPATRIA en la investigación del incidente (folios 284 a 286), al destacar como condiciones peligrosas no mitigadas por el empleador, el inadecuado aseguramiento contra los movimientos cuando el suelo era irregular y la falta de certificación de los andamios, documento que a la letra enseña:

«... el área destinada para las escaleras que conectan el primer nivel del edificio con el segundo nivel del mismo es un espacio de 3,53 metros x 3,24 metros. Fue precisamente en ese espacio

(...)

*El trabajador se encontraba trabajando en un nivel superior ubicado a más de 2,20 Metros sin elemento de protección (Casco de seguridad, arnés y eslingas de posicionamiento) el cual se encontraba disponible, el trabajador intenta bajar por una escalera colocada verticalmente de frente, **la cual no estaba asegurada, al intentar bajar la escalera esta se corre haciendo perder el equilibrio del trabajador** y cayendo de una altura aproximada a los 2.20 metros, este golpea con una estructura metálica (andamio) con su cabeza generándole un trauma interno, de inmediato se informa lo sucedido y es solicitada una ambulancia para que preste los primeros auxilios y sea remitido al centro de atención médica para su valoración.*

3. Causas Inmediatas del Evento	
Actos Inseguros	Condiciones Peligrosas
No utilizar EPP (casco tipo 2, Arnés y eslingas de posicionamiento) disponible para realizar la actividad.	<u>Inadecuadamente asegurada contra movimientos</u>
Incumplimiento a las normas, procedimiento y políticas de seguridad al realizar actividades críticas por parte del trabajador.	<u>Uso de métodos o procedimientos peligrosos</u>
Sub valora el riesgo de exposición durante la tarea a realizar.	<u>Colocados o emplazados inadecuadamente</u>
<u>No asegurar la escalera vertical de acuerdo al procedimiento de protección contra caídas.</u>	
Descender por escaleras de forma insegura	

(...)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

4.

Aspecto	GAP (relacionar las diferencias entre las condiciones ideales y reales de trabajo)
-ilegible-	Se evidencia procedimiento inseguro al realizar actividades críticas (Trabajo en alturas) descenso
-ilegible-	N/A
Material	Se evidencia el uso de escaleras (herramienta) para el acceso 2 piso
Manejo de Obra	NO se evidencia en el trabajador cumplimiento de las normas de seguridad (colocación y uso de EPP para actividades críticas)
Medio Ambiente	Se evidencia en el entorno de trabajo suelo irregular

Soluciones propuestas de cada análisis 5 por qué?

Aspecto	Soluciones Propuestas
Método	<u>Realizar supervisión de las actividades críticas (Trabajo en altura, En caliente y espacios confinados)</u>
Maquina	N/A
Material	<u>Realizar trabajo en alturas con andamios certificados para mejorar</u>
Manejo de Obra	Realizar supervisión sobre el uso adecuado de EPP y EPOC
Medio Ambiente	<u>Realizar inspecciones de seguridad al ambiente de trabajo antes de instalar herramientas o implementos.</u>

(...)» (acentúa la Sala)

De suerte que, aun cuando se corrobora que el ex trabajador incumplió con las obligaciones básicas de protección al resolver desprenderse en su haber corporal de los elementos mínimos de asegurabilidad, no pude pasarse por alto que las llamadas a debate incurrieron en desidia y negligencia en la consumación de sus deberes de análisis, eliminación, reducción o al menos en impedir el riesgo, como un buen padre de familia lo hubiera ejecutado con sus negocios o, a voces de la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral en la sentencia SL 7459 de 2017, cuando **«quien tiene el deber de seguridad no lo acata y no despliega una acción protectora, que se concreta en la adopción de todas las medidas necesarias para que el empleado no sufra lesión alguna durante el ejercicio de la tarea, o en su defecto no disminuye los riesgos asociados a ella».**

Finalmente, se advierte que la concurrencia de culpas no exime de la responsabilidad de quien debía forjarla, ni de la obligación de reparar el daño, como lo adoctrino al CSJ en la sentencia SL 2824- 2018 con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ponencia de la H. Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al indicar:

*«Se advierte que **aún existiere la culpa del trabajador, esta no exime la del empleador.** Así lo ha establecido la Corte en las sentencias CSJ SL5463-2015 y CSJ SL9355-2017. En esta última providencia, señaló:*

Todo ello pone en evidencia la conducta pasiva y negligente del empleador que no se desvirtuó en el curso del proceso, en cuanto en su defensa se limitó a invocar la culpa del trabajador que, de existir, no lo exime de responsabilidad tal como lo ha dicho esta Sala de la Corte Suprema de Justicia en múltiples oportunidades, entre otras, en la sentencia CSJ SL5463-2015, en la que adoctrinó que la «responsabilidad de la empresa en el accidente laboral no desaparece en el evento de que este ocurra también por la concurrencia de un comportamiento descuidado o imprudente del trabajador, toda vez que, conforme al tenor del artículo 216 del CST, **en la indemnización plena de perjuicios a consecuencia de un siniestro profesional con culpa del empleador no se admite la compensación de culpas» (...).**

En consecuencia, se equivocó el Tribunal al eximir de responsabilidad a la empleadora bajo la tesis de la imprudencia de su trabajador en el desarrollo de la actividad laboral en la que perdió la vida, en cuanto ignoró las múltiples normativas nacionales e internacionales que imponen al empleador obligaciones insoslayables, para prevenir los riesgos en la ejecución del trabajo en las alturas y tejados.

Además, como acertadamente lo refiere la opositora, de manera reiterada y pacífica esta Corporación ha adoctrinado que la falta de diligencia o cuidado ordinario o mediano por parte del empleador es fuente de culpa en la ocurrencia del infortunio laboral (CSJ SL 23489, 16 mar. 2005, CSJ SL 22656, 30 jun. 2005, CSJ SL659-2013, CSJ SL17216-2014, CSJ SL2644-2016, CSJ SL5619-2016, CSJ SL10194-2017 y CSJ SL12707-2017)»

Conduciendo a declarar la culpa de COOMPHEA SERVICIOS SAS en la ocurrencia del infortunio del 29 de febrero de 2016 como directa empleadora de MANUEL EDUARDO MARTINEZ VARGAS, dimanando en que será aquella quien responda de las obligaciones monetarias que surjan en el ámbito indemnizatorio, y sin que pueda entrarse a declarar solidaridad de CREAMQ SAS en la consumación, no solo porque el extremo accionante no desplegó un debate probatorio para desvirtuar que el objeto contractual visible a folio 187 desbordara los parámetro del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y, que desbordara el periodo de seis meses en la medida



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que el ingreso del causante lo fue el 22 de febrero 2016 y el accidente de trabajo se presentó 29 de ese mes y año.

Se suma a lo anterior, que la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2383-2018, de idénticos contornos fácticos, precisó:

«Lo argüido por la recurrente se centra esencialmente en que la empresa usuaria es la llamada a responder por las indemnizaciones del artículo 216 del CST.

De entrada, debe señalarse que el cargo no tiene vocación de prosperidad, pues al margen de que la recurrente aparentemente no tuvo participación directa en el accidente de trabajo que sufrió el actor, ello de manera alguna la exime de responder por la indemnización plena de perjuicios establecida en el artículo 216 del CST al acreditarse la culpa patronal en la ocurrencia del siniestro que sufrió el actor, sin que de manera alguna esta se pueda trasladar a la empresa usuaria, puesto que las entidades de servicios temporales son verdaderos empleadores, sin que haya lugar a predicarse solidaridad y muchos menos que sea la compañía en donde el trabajador presta sus servicios en misión, la llamada a responder de estas obligaciones.

Lo anterior tiene su sustento en la postura reiterada de la Sala, en la sentencia CSJ SL, 24 abr. 1997, rad. 9435, reiterada en la CSJ SL, 2 mar. 2006, rad. 25941 y en la CSJ SL, 4 ago. 2009, rad. 34806, en donde se sostuvo:

(...) 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 EST en punto a seguridad industrial o debido a una imprevisión justificada, la culpa se le transfiere a la EST 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. (Negritas fuera de texto).

Y más recientemente, en la sentencia CSJ SL15195-2017, rad. 48955, en donde también se refirió al alcance del artículo 11 del D. 1530/96, igualmente acusado en el cargo, se dijo:

(...)

Eventualmente, se generaría responsabilidad de la empresa usuaria en los casos en que se trata de una empresa de servicios temporales que no cumple con las exigencias legales para su funcionamiento o no se trata de las actividades establecidas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990; también, en los casos en que el trabajador sufre un siniestro al momento de ejecutar labores para las que no fue enviado por la E.S.T. por orden de la receptora del servicio, o en el evento en que se supera el plazo máximo de un año autorizado por la ley, pues se asume que la empresa usuaria ha desbordado el marco obligacional convenido con la empresa de servicios temporales.

(...)»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De manera que, ante la falta de prueba que permita trasladar la responsabilidad a CREARQ SAS, máxime cuando incorporaron las resoluciones de funcionamiento emitidas por el ente Ministerial (fls.128 a 132), es que habrá de negarse la solidaridad reclamada en el *libelo genitor*.

INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS

En lo relativo a las prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo y que fueren pretendidas desde el *libelo introductorio*, se centra ahora esta Colegiatura en indicar que la jurisprudencia laboral ha sido constante en diferenciar las modalidades indemnizatorias que trae el artículo 216 del Estatuto Sustantivo Laboral, derivado de la clara demostración en la ocurrencia del daño en el ejercicio de la actividad laboral, la afectación en la salud y el nexo existente con la negligencia o culpa del empleador al no velar por la guarda en la integridad física y en salud del *de cuius* que, para estos aspectos no se derivan únicamente las obligaciones del subsistema de seguridad social en riesgos profesionales, sino también aquellas que se estructuran por la falta de diligencia y cuidado conforme el artículo 63 del Código Civil.

En esa medida, preciso resulta indicar que los perjuicios materiales lo conforman las prestaciones del artículo 1614 *ejusdem*, a saber, el daño emergente y el lucro cesante entendidos como «*por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento*»

Con otras palabras, la parte accionante debe demostrar que con ocasión del accidente sufrido por MANUEL EDUARDO MARTINEZ, su peculio disminuyó ante el evidente gasto económico, a modo de ejemplo, por el pago de cuidados hospitalarios, funerarios o traslados



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

entre ciudades y, en lo pertinente al lucro cesante acreditar que con el deceso dejó de percibir rubros que fueran cancelados de manera directa y en vida por el ex trabajador, que a futuro se constituirían en patrimonio. Montos que según constante y reiterada jurisprudencia laboral, deben ser ciertos y estar plenamente probados.

Así, de un estudio concienzudo del acervo probatorio, es viable indicar que la activa no logró demostrar lo concerniente al lucro cesante y daño emergente, pues de las pruebas documentales y declarativas nada se dijo respecto a los montos que aquellos sufragaron con ocasión al fallecimiento del trabajador, ni los montos que percibían, al punto que la progenitora como única interrogada en el *examine*, señaló que no dependía de su hijo y que aquel ocasionalmente les ayudaba, pero sin referir en que monto.

Circunstancia que cobija igualmente a los demás demandantes, aun los descendientes de Martínez Vargas (q.e.p.d.), pues pese a saltar incontrastable el deber de alimentos que implica el rol de padre respecto a sus hijos a voces del 411 del Código Civil, los mismos deben acreditarse en calculo monetario a fin de ejecutar la correspondiente liquidación. Como acertadamente lo consideró la H. Corporación de cierre jurisdiccional, al referir que:

«Ha expuesto en forma pacífica la doctrina y jurisprudencia que en tratándose de los perjuicios materiales, estos deben ser ciertos y estar plenamente demostrados.

*Y a decir verdad, puesta la Corte en la faena de auscultar todo el acervo probatorio se topa con que no están acreditados los perjuicios de esta naturaleza por parte del menor de edad, como por ejemplo que hayan incurrido en gastos de la curación o rehabilitación de su padre, en relación a las ganancias que han dejado de percibir por el estado en que quedó su progenitor, o que se hayan visto afectados en la obligación de su padre en el suministro de alimentos conforme a lo estatuido en el artículo 411 del Código Civil. Fuerza, por tanto, **absolver sobre dicha súplica**, sin olvidar que a raíz del accidente de trabajo, el sistema general de seguridad social en riesgos profesionales le viene reconociendo al padre del menor una pensión por invalidez»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Máxime cuando, si bien solicita de manera genérica el pago de la indemnización plena de perjuicios, al momento de detallar los reclamos de los menores ANA SOFIA y JUAN PABLO MARTINEZ BELLO como hijos del *de cujus* (fls.266 y 267), al individualizarlos solo busco el pago por lucro cesante.

En lo tocante a perjuicios morales como pretensión unánime de todos los convocantes a juicio, la H. Corte Suprema de Justicia desde la sentencia Rad. 39631 del 30 de octubre de 2012 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, enseñó que:

«7.2.3. Perjuicios morales y daños en la vida de relación.

*En sentencia del 6 de julio de 2011, radicación 39867, la Corte sostuvo que los perjuicios morales se dividen en objetivados y subjetivados. Los **primeros, son aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso; y, los segundos, los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir**» (Subraya y negrilla de la Sala)*

Concepto que si bien no fue diferenciado en las pretensiones de la demanda, al citar de manera global el daño moral, lo cierto es que en concatenación con los hechos de la demanda, en específico el 36 (folio 154), salta incuestionable que persiguen los subjetivados por la grave pérdida que produjo el fallecimiento de Manuel Eduardo Martínez Vargas.

Prestación que no requiere prueba bajo las directrices de la sentencia SL 633 – 2020 por catalogarse como aquellas que definen el precio del dolor o *pretium doloris* y, que en el *sub judice* se configura para los reclamantes jurisdiccionales a excepción de ANGELICA PAOLA BELLO AGUDELO, pues si bien alude ser la madre de los hijos del causante,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en manera alguna probó para el momento del incidente que continuaran con alguna unión sentimental, al punto que VARGAS POO en su interrogatorio reseñó que Manuel Martínez para el momento de su muerte estaba conviviendo con otra persona, con una novia (CD a folio 358).

Sobre el monto a fulminar condena y, en lo correspondiente a la modalidad liquidatoria de este perjuicio, el Consejo de Estado en sentencia de unificación bajo expediente 66001-23-31-000-2001-00731-01 (26251) del 28 de agosto de 2014, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa estableció:

«6.2. Perjuicios morales (Unificación jurisprudencial).

*Sea lo primero señalar, que procede la Sala a unificar la jurisprudencia en materia de reparación de perjuicios inmateriales; lo anterior, por cuanto la Sección considera necesario y oportuno determinar **los criterios generales que se deben tener en cuenta para la liquidación del mencionado perjuicio.***

La parte actora solicita el reconocimiento de perjuicios morales en el equivalente en moneda nacional a 2.000 gramos de oro fino, para cada uno de los demandantes o quien o quienes sus derechos representen.

Así las cosas, tenemos que el concepto de perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

En consecuencia, para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así:

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

(...)

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relación afectiva conyugal y paterno – filial	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 3er de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil.	Relación afectiva no familiar (terceros damnificados)
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva» (Negrilla de la Sala)

A partir de la anterior explicación y, corroborada la calidad de MERY SOFIA VARGAS POO y JUAN MANUEL MARTINEZ OSPINO como progenitores del *de cujus* según consta del registro civil de nacimiento a folio 42, así como la condición de hijos del fallecido por ANA SOFIA y JUAN PABLO MARTINEZ BELLO (fls.266 y 267) y de hermanos por JUAN DAVID, MERY ALEXANDRA y SANDRA VIVIANA MARTINEZ VARGAS (fls. 44 a 47), es que se condenara a COOMPRIA SERVICIOS SAS a pagar los siguientes montos:

- a. Para MERY SOFIA VARGAS POO, JUAN MANUEL MARTINEZ OSPINO, ANA SOFIA y JUAN PABLO MARTINEZ BELLO la suma de **\$87'780.300** para cada uno, que corresponden a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes para la calenda de esta sentencia.
- b. Para JUAN DAVID, MERY ALEXANDRA y SANDRA VIVIANA MARTINEZ VARGAS la suma de **\$43'890.150**, para cada uno, que concierne a 50 smmlv para la data de esta sentencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Rubros que deberán cancelarse debidamente indexados al momento de su pago y, al no pretenderse disimiles montos condenatorios, solo se fulminara condena por tal título.

COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el *A-quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de la parte demandada, tásense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas, dado el resultado de la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, 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 la sentencia proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 29 de noviembre de 2019, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **CONDENAR a COOMPRIA SERVICIOS S.A.S.** a pagar a título de daño moral los siguientes rubros a favor de:

- a. MERY SOFIA VARGAS POO la suma de **\$87'780.300**, debidamente indexado al momento del pago.
- b. JUAN MANUEL MARTINEZ OSPINO el monto de **\$87'780.300** debidamente indexado al momento del pago.
- c. ANA SOFIA MARTINEZ BELLO la suma de **\$87'780.300**, debidamente indexado al momento del pago.
- d. JUAN PABLO MARTINEZ BELLO el valor de **\$87'780.300**, debidamente indexado al momento del pago.
- e. JUAN DAVID MARTINEZ VARGAS la suma de **\$43'890.150**, debidamente indexado al momento del pago.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

- f. MERY ALEXANDRA MARTINEZ VARGAS la suma de **\$43'890.150**, debidamente indexado al momento del pago.
- g. SANDRA VIVIANA MARTINEZ VARGAS la suma de **\$43'890.150**, debidamente indexado al momento del pago.

SEGUNDO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas en contra de **COOMPRIA SERVICIOS SAS** y de todas las invocadas contra **GRUPO CREAMQ SAS**, por lo expuesto.

TERCERO: COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el *A-quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de la parte demandada, tásense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas, dado el resultado de la alzada.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **PATRICIA BUSTOS ROSALES** CONTRA LA **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A., -FIDUAGRARIA S.A.,** Y LA **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, EN CONDICIÓN DE LITIS CONSORTE NECESARIO. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de septiembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Carlos Arturo Orjuela Góngora** identificado con cedula de ciudadanía No. 17.174.115 de Bogotá y tarjeta profesional 6491 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, por sustitución concedida por la Dra. Alejandra Ignacia Avella Peña.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **PATRICIA BUSTOS ROSALES** presentó demanda ordinaria laboral en contra la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A., -FIDUAGRARIA S.A.**, en condición de vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN – P.A.R. I.S.S.**, para que previo el trámite de un proceso ordinario laboral se declare, que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, existió una relación laboral que ató a las partes en el interregno de 2 de enero de 1985 al 31 de marzo de 2015; como consecuencia de la anterior declaración, solicita se condene a la pasiva al reconocimiento y pago de las acreencias laborales legales, extra legales y convencionales, que se causaron durante la ejecución del vínculo laboral; al pago de los aportes a la seguridad social; al reconocimiento de la pensión convencional de jubilación de que trata el artículo 98 de la convención colectiva suscrita



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

entre el otrora ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social –Sintraseguridadsocial, a partir del momento en que cumplió los requisitos para acceder al beneficio prestacional, junto con los respectivos reajustes a que haya lugar; al pago de los perjuicios morales y materiales irrogados por el encubrimiento de la relación contractual; la indexación de las sumas reconocidas, los intereses moratorios y las costas procesales. Subsidiariamente solicita, la declaratoria de la existencia de cuatro contratos de trabajo que la ató con el extinto Instituto de los Seguros Sociales para los siguientes interregnos, a saber: i) del 2 de enero de 1985 al 1° de mayo de 1986, ii) del 27 de octubre de 1986 al 14 de octubre de 1989; iii) del 3 de agosto de 1990 al 31 de diciembre de 1990; y iv) del 9 de abril de 1991 al 31 de marzo de 2015; en consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento y pago ante Colpensiones de los aportes a la seguridad social en pensión desde el 2 de enero de 1985 al 31 de marzo de 2015 (expediente digital fl. 286 a 289).

Respalda el *petitum* en los hechos visibles a folios 289 a 295 del expediente digital, en los que en síntesis advierte que nació el 9 de octubre de 1960; que inició labores para el otrora Instituto de los Seguros Sociales desde el 2 de enero de 1985, mediante contratos sucesivos de prestación de servicios; que a lo largo de su vinculación con dicha entidad desempeñó diversos cargos; que el extinto ISS nunca le canceló las prestaciones legales ni extra legales a que tenía derecho, tampoco se le efectuaron cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en salud y pensión; que las funciones que desempeñó para la demandada, las ejecutó de forma exclusiva y permanente en las instalaciones de la encartada; que las funciones que ejecutó a favor del ISS, también eran desarrollados por personal de planta; que percibía ordenes por parte del Instituto de los Seguros Sociales y cumplía un horario, encontrándose sujeta a evaluaciones de desempeño; que el 1° de agosto de 1997, suscribió contrato de trabajo con el extinto ISS, para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ejercer las funciones de Secretaria Grado 15; que para la entrada en vigencia del Decreto 1750 de 2003, se encontraba vinculada como trabajadora oficial de la entidad; que mediante Oficio 10000-007820 de 5 de febrero de 2015, se le notificó que su contrato de trabajo finalizaría a partir del 31 de marzo de 2015; que estuvo vinculada al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social –Sintraseguridadsocial desde el 30 de octubre de 2000, siendo beneficiaria de la convención colectiva; que solicitó al ISS que se le concediera el retén social por encontrarse a portas de adquirir la pensión de jubilación, petición que fue negada el 20 de noviembre de 2014; que el 5 de marzo de 2015, formuló acción de tutela, la cual fue negada en primera y segunda instancia; que el 11 de octubre de 2016, presentó reclamación administrativa ante el PAR ISS, la cual fue desatada de forma negativa el 21 de octubre de 2016.

CONTESTACIÓN: La demandada **PAR ISS EN LIQUIDACION administrado por FIDUAGRARIA S.A**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar, en esencia, que no es sucesora procesal del extinto Instituto de los Seguros Sociales, ya que es una persona jurídica disímil a aquellas empresas que constituyeron el Patrimonio Autónomo de Remanentes del extinto Instituto de los Seguros Sociales, sumó a ello, que Fiduagraria S.A., es ajena a las relaciones jurídicas de carácter sustancial y/o procesal que hayan dado origen al eventual vínculo aducido con el ISS. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los que denominó falta de reclamación administrativa, falta de Litis consorcio necesario, prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y de la obligación, pago, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe del ISS, inexistencia de la convención colectiva, presunción de legalidad de los actos administrativos y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

contratos celebrados entre las partes, cosa juzgada y la innominada. (fl. 341 a 361 del expediente digital).

Entre tanto la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP**, al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar, en esencia, que no es la entidad llamada a reconocer la pensión de jubilación convencional pretendida por la demandante, por cuanto las pensiones convencionales perdieron vigencia a partir del 31 de julio de 2010, conforme lo establece el Acto Legislativo 01 de 2005. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, no pago de intereses moratorios, imposibilidad de condena en costas y la genérica. (fl. 475 a 485 del expediente digital).

DECISIÓN: En mérito de todo lo expuesto el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 18 de agosto de 2020, resolvió: **declarar** que entre la demandante y el entonces Instituto de los Seguros Sociales, hoy Patrimonio Autonomo de Remanentes del Instituto de los Seguros Sociales – PAR ISS liquidado, existieron dos contratos de trabajo comprendido entre el 2 de enero y el 31 de marzo de 1996 y del 20 de noviembre de 1996 y el 31 de marzo de 2015; **condenar** a FIDUAGRARIA S.A., en calidad de vocera y administradora del PAR ISS, a pagar a la actora las siguientes sumas y por los siguientes conceptos:

a. Cesantías	\$8'743.521
b. Intereses a las cesantías	\$1'183.726
c. Vacaciones	\$1'805.869
d. Prima de servicios	\$3'160.862
e. Incremento por servicios prestados	\$8'246.879



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

f. Auxilio de alimentación	\$1´683.782
g. Auxilio de transporte	\$1´631.107

Condenar a FIDUAGRARIA S.A., al reconocimiento y pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensión a favor de la demandante, por el periodo entre el 2 de enero y el 31 de marzo de 1986 y del 20 de noviembre de 1996 al 31 de marzo de 2015, en los términos en que fue declarada la existencia de la relación laboral; **declarar** probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás; y **condenar** en costas a la demandada FIDUAGRARIA S.A. (Audio incorporado al expediente digital)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del A Quo, **la parte demandante** presentó recurso de apelación, en el que en síntesis persigue la revocatoria parcial de la sentencia, para que, en su lugar y en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se declare una única relación laboral que ató a las partes para el interregno comprendido entre el 2 de enero de 1985 y el 31 de marzo de 2015, y concomo consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional, ello, independientemente si la demandante fue trabajadora oficial o trabajadora de la seguridad social. Subsidiariamente, y en el evento de no encontrar prosperidad dicha pretensión, solicita se declare la existencia de una única relación laboral y, en consecuencia, se condene a la pasiva al reconocimiento y pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensión.

Por su parte, la **Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., -Fiduagraria S.A.**, formuló censura parcial en contra de la determinación del *a quo*, ello, en consideración a que en el presente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

asunto no se configuró los elementos esenciales del contrato de trabajo, pues en lo que atañe a la subordinación, la misma no se acreditó, dado que del material probatorio acopiado al expediente y de los testimonios vertidos al mismo, no se logra desprender tal elemento, sumó a ello, que no existe lugar a condena por concepto alguno, en atención a que no se configuró la existencia del contrato realidad.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: encontrándose en la oportunidad procesal otorgada, la parte demandante allegó escrito de alegaciones de conclusión, en los que en síntesis peticiona, que se confirme parcialmente la sentencia recurrida y se revoque la absolución a la condena al reconocimiento y pago de la pensión convencional de jubilación, o en su defecto, al reconocimiento de los aportes al sistema general de seguridad social en pensión para los periodos en los que la promotora del juicio ostento la calidad de funcionaria de la seguridad social. Con tal propósito afirma, que los mismos fundamentos que dieron lugar a la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo debieron dar lugar a declarar el vínculo contractual que la ató con la extinta entidad en calidad de funcionaria de la seguridad social, pues no es aceptable que por la calidad jurídica que ostentó se deriven consecuencias completamente adversas; sumó a ello, que sin importar la denominación que se le dé al cargo que ejecutó, es completamente válido computar todos los tiempos en que prestó sus servicios para el ISS empleador a efectos del reconocimiento del derecho pensional convencional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandada: A su turno, la demandada **Unidad Administrativa Especial de la Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP**, al descorrer el traslado para alegar de conclusión solicitó la confirmación de la sentencia recurrida, al considerar, en esencia, que no es la entidad llamada a asumir las pretensiones invocadas en la demanda por cuanto, el reconocimiento y pago de las acreencias laborales derivadas de la relación laboral, son de competencia de Fiduagraria S.A., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2002, sumó a ello, que en lo que atañe al reconocimiento pensional, el mismo no resulta procedente por cuanto ese tipo de pensiones convencionales dejó de existir en la vida jurídica el 31 de julio de 2010, tal como lo dispuso el Acto Legislativo 01 de 2005.

Entre tanto, la demandada **Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., - Fiduagraria S.A.**, en su condición de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de los Seguros Sociales en liquidación –PAR ISS en Liquidación, ruega por la revocatoria de la sentencia de primera instancia, por cuanto, no existió una relación laboral que atara al extinto ISS con la demandante, pues lo que se demostró a lo largo del proceso fue la existencia de varios vínculos de prestación de servicios en aplicación del artículo 32 de la ley 80 de 1993, sumó a ello, que no se demostró la existencia de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, pues la demandante ejecutó de manera independiente las obligaciones que se comprometió a cumplir.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

RECLAMACION ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el art. 4° de la ley 712 de 2001, conforme se desprende de la reclamación administrativa presentada ante la encartada el 17 de marzo de 2015 (fls 188 a 193 del expediente digital).

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a los pedimentos demandatorios, las manifestaciones de la Juez de primer grado y las inconformidades planteadas en el recurso de alzada por las apoderadas judiciales de la parte demandante así como de Fiduagraria S.A., esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales, determina como problema jurídico a resolver, en esta instancia, el establecer si, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, entre la señora Patricia Bustos Rosales y el extinto Instituto de los Seguros Sociales, existió una única y verdadera relación de índole laboral que se desarrolló en el interregno comprendido entre el 2 de enero de 1985 al 31 de marzo de 2015; de resultar afirmativa la anterior premisa, determinar si le asiste derecho a la demandante a que se le reconozca y paguen las prestaciones sociales producto de dicha relación laboral, así como a que se le reconozca y pague la pensión de jubilación contenida en la Convención Colectiva pactada entre el ISS y Sintraseguridadsocial. Subsidiariamente, de no resultar viable el reconocimiento pensional, establecer la procedencia en el reconocimiento de los aportes a seguridad social en pensión.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para desatar la instancia, la Sala de Decisión atenderá las normas y jurisprudencias que a continuación se relacionan:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

- Decreto 2148 de 1992²
- Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012 ³
- Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968⁴
- Diario Oficial No. 49.470 del 31 de marzo de 2015⁵
- Decreto 2127 de 1945 ⁶
- Sentencia C - 614 de 2009 con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt⁷
- Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1012-2015 del 28 de enero de 2015, Radicación N.º 44651.⁸
- Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia No. 37656 del 10 de mayo de 2011.⁹
- Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, sentencia del 20 de febrero de 2013, Radicación N.º 42546.¹⁰
- Corte Constitucional, sentencia C – 154 de 1997. ¹¹
- Corte Constitucional, sentencia C-579 de 1996¹².

² Establece que la entidad demandada detentaba la naturaleza jurídica de Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Nacional, por lo que las personas que prestaron servicios a su favor tienen la calidad de trabajadores oficiales (Decreto 3135 de 1968 artículo 5°).

³ Se suprimió el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS y se ordenó su liquidación.

⁴ "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

⁵ Por medio de la cual se publicó acta final del proceso liquidatorio del Instituto de Seguros Sociales.

⁶ Reglamentario de la Ley 6ª de la misma anualidad: define en sus artículos 1º, 2º y 3º el contrato de trabajo, estructura los elementos del mismo y dispone en su artículo 20 que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha y, que corresponde al empleador la carga probatoria de desvirtuar la presunción legal en mención.

⁷ Declara exequible en Decreto 3074/1968 y entroniza el concepto de la modalidad contractual en el sector oficial, y no de presunción legal del contrato de trabajo, por cuanto de conformidad con la Constitución Política de Colombia la prelación del servicio lo puede ser como trabajador oficial o empleado público, al aplicar la presunción debe respetarse o acatarse la constitución.

⁸ Señaló que cuando se discute la existencia de un contrato realidad, corresponde a la parte demandante demostrar la prestación del servicio, mientras que la accionada tiene la carga de desvirtuar la presunción de subordinación consagrada en el art. 20 del D. 2127/1945, estatuto propio de los trabajadores oficiales, según el cual «El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción»

⁹ Proveyó que enseñó que es factible en la ejecución del contrato celebrado, que se presenten los elementos y características de un contrato de trabajo, situación que se extrae de la realidad de la relación y que debe preferirse frente a los datos aparentes que ofrezcan los documentos o contratos, con apoyo en el principio constitucional de primacía de la realidad o primacía de la modalidad contractual, a más, de verificarse si las funciones desempeñadas por el ex – trabajador tenían calidad de temporalidad o, si por el contrario, fueron ejecutadas de manera permanente, advirtiendo que "Sin embargo, tal continuidad no se acompaña con la regulación del contrato de prestación de servicios administrativos, regulada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues conforme a este precepto la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicios debe ser excepcional y de ninguna manera puede ser indefinida, por cuanto de, manera perentoria, determina que su duración debe ser por el término estrictamente indispensable."

¹⁰ En lo que respecta a los extremos temporales de la relación laboral, pues estableció que las interrupciones mínimas en la prestación del contrato no afectan la vinculación continua e ininterrumpida.

¹¹ Donde preciso al realizar el estudio de exequibilidad del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, qué "Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes (...) En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios (...) en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente."

¹² Por la cual se declaró inexecutable el parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, así como el inciso 2º del artículo 3 del Decreto 1651 de 1977

-Ley 80 de 1993 (artículo 32)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RELACIÓN DE TRABAJO

Con el fin de acreditar la existencia del nexo contractual de carácter laboral, de la documental aportada al plenario se evidencia copia de los contratos de prestación de servicios regulados por la Ley 80 de 1993, junto con sus respectivas prorrogas, así como los nombramientos en provisionalidad y mediante contrato de trabajo, de los cuales se observa que la demandante fue contratada para desempeñar diversos cargos, tal como se pasa a exponer a continuación:

No. Contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Cargo	Folios	Salario
	02/01/1985	01/07/1985	Auxiliar de cocina y Camillero	166 Exp. Digital	
	02/07/1985	01/01/1986	Auxiliar de cocina y Camillero	166 Exp. Digital	
131	02/01/1986	01/05/1986	Auxiliar de cocina	90 y 166 Exp. Digital	27,195.00
2884	27/10/1986	26/04/1987	Camillera	94, 96 y 166 Exp. Digital	32,634.00
1415	25/05/1987	24/11/1987	Auxiliar de servicios asistenciales (Camillera)	100 Exp. Digital	39,000.00
3536	25/11/1987	24/04/1988	Ayudante de servicios asistenciales (Camillero)	102 Exp. Digital	46,800.00
Provisional	28/01/1988	14/10/1989	Recepcionista - Clase I Grado 12	105 a 108 Exp. Digital	
5889	03/08/1990	31/12/1990	Auxiliar de servicios administrativos	161 Exp. Digital	93,960.00
6256	09/04/1991	29/02/1992	Auxiliar de servicios administrativos	161 Exp. Digital	122,254.00
157	02/03/1992	28/02/1993	Auxiliar de servicios administrativos	161 Exp. Digital	140,838.00
367	04/03/1993	04/09/1993	Auxiliar de servicios administrativos	114 a 118 y 161 Exp. Digital	173,689.00
367	10/09/1993	10/09/1994	Auxiliar de servicios administrativos	121 y 161 Exp. Digital	173,689.00
1445	12/09/1994	12/03/1995	Auxiliar de servicios administrativos	161 Exp. Digital	266,200.00
372	07/04/1995	07/10/1995	Auxiliar de servicios administrativos	161 Exp. Digital	266,200.00
2011	13/10/1995	29/12/1995	Auxiliar de servicios administrativos	161 Exp. Digital	315,000.00



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

2909	30/12/1995	31/01/1996	Auxiliar de servicios administrativos	161 Exp. Digital	315,000.00
231	01/02/1996	01/04/1996	Auxiliar de servicios administrativos	161 Exp. Digital	315,000.00
1509	02/04/1996	30/06/1996	Auxiliar de servicios administrativos	161 Exp. Digital	315,000.00
2512	04/07/1996	31/10/1996	Auxiliar de servicios administrativos	161 Exp. Digital	373,275.00
3862	05/11/1996	28/02/1997	Auxiliar de servicios administrativos	161 Exp. Digital	373,275.00
473	03/03/1997	01/08/1997	Auxiliar de servicios administrativos	161 Exp. Digital	456,000.00
Contrato individual de trabajo	01/08/1997	31/03/2015	Secretaria Grado 15	152 a 157 Exp. Digital	398,592.00

Adicionalmente obra en el plenario:

- Convención colectiva con su respectivo deposito ante la autoridad del ramo (fl. 4 a 84 expediente digital).
- Oficio 432 por medio del cual se traslada a la actora en comisión de servicios al área de Patología y Laboratorio Clínico de la UPI San Pedro Claver. (fl. 92 expediente digital).
- Certificación laboral que da cuenta del servicio prestado como camillera. (fl. 95 expediente digital).
- Certificación laboral que da cuenta del servicio prestado como mecanógrafa. (fl. 96 expediente digital).
- Certificación laboral que da cuenta del tiempo servido (fl. 97, 105 a 109, 120, 128 y 139 expediente digital).
- Formularios de evaluación de personal de contratación administrativa (fl. 98, 101, 114, 122, 123, 127, 130, 135 y 141 expediente digital).
- Remisión a capacitación (fl. 104 expediente digital).
- Certificación de capacitación emitida por el SENA (fl. 136 expediente digital).
- Actas de liquidación de contratos de prestación de servicios. (fl. 143, 147 y 152 expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

- Respuesta a derechos de petición (fl. 159, 160, 164 y 172 expediente digital).
- Reclamación administrativa. (fl. 188 a 193 expediente digital).
- Escrito de acción de tutela. (fl. 203 a 208 expediente digital).
- Certificación de afiliación a la Organización Sindical Sintraseguridadsocial. (fl. 220 expediente digital).
- Historia laboral de la actora (fl. 228 a 235 expediente digital).

De las anteriores documentales, se puede concluir en primer lugar, que el otrora ISS acudiendo a lo normado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2° del Decreto Ley 165 de 1997, hizo uso de la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicios con el objeto de atender actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad, pues, tal y como lo acreditan los documentos señalados, no existía suficiente personal de planta para dar curso a todos los procesos y procedimientos que le correspondían efectuar para cumplir su objeto social.

Del mismo modo, en uso de sus facultades y atribuciones legales, acudió a la contratación de la demandante mediante nombramientos en provisionalidad, para así, por último, vincular a la señora Bustos Rosales mediante contrato de trabajo.

Ahora, como se trata es de desentrañar si en la realidad tales contratos de prestación de servicios se ejecutaron como verdaderos contratos de trabajo, se impone analizar las pruebas arrimadas al plenario para poder verificar tal afirmación.

Previo a ello y conforme se advierte de las pruebas arrimadas al plenario, la demandante ejecutó funciones de Auxiliar de Servicios de Cocina, Camillera, Auxiliar de Servicios Administrativos y Secretaria, por lo que se impone necesario constatar si todas aquellas labores que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ejecutó la promotora del juicio corresponden o no a aquellas propias de los trabajadores oficiales, o si por el contrario, resultan del resorte de los empleados públicos.

Con tal propósito, resulta conveniente para la Sala señalar que el Gobierno Nacional a través del Decreto 1651 de 1977, estableció las normas que regulaban la administración del personal al interior del extinto ISS, y es así que en su artículo 2° dispuso que:

«Serán empleados públicos de libre nombramiento y remoción, el Director General del Instituto, el Secretario General, los subdirectores y los Gerentes Seccionales de la entidad. Tales empleados se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> ~~Las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente, se denominarán funcionarios de seguridad social, con excepción de las personas que cumplan las funciones relacionadas con las siguientes actividades que serán trabajadores oficiales, aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte.~~

Los funcionarios de seguridad social estarán vinculados a la administración por una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial, que les confiere el derecho a celebrar colectivamente con el Instituto Convenciones para modificar las asignaciones básicas de sus cargos»

De otro lado, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, dispuso que:

«ARTICULO 26. Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. Son empleos de libre nombramiento y remoción:

(...)

“Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

“PARÁGRAFO. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones». (Subraya fuera de texto).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por su parte, el artículo 1° del Decreto 1754 de 1994, refirió textualmente:

«El artículo 33 del Acuerdo 003 de 1993, quedará así:

Artículo 33. Clasificación de los servidores del Instituto. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos, funcionarios de seguridad social y trabajadores oficiales.

Son empleados públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la Planta de Personal del ISS:

Presidente del Instituto, Secretario General, Vicepresidente, Gerente I, Gerente II, Gerente III, Gerente IV, Gerente V, Gerente VI, Gerente VII, Gerente VIII, Gerente IX, Gerente X, Gerente XI, Asesor y Director I y Director II.

Son Funcionarios de Seguridad Social discrecionales, las personas que desempeñen los cargos que a continuación se señalan:

Gerente Grado 38 y Gerente Grado 39, Secretario Seccional, Director Grado 38 y Grado 39, Jefe de Departamento, Subgerente, Coordinador, Jefe de Unidad, Jefe de Sección, Jefe de Grupo, Aprendiz, Capellán, Practicante, Técnico de Servicios Asistenciales Administrativos (regente de farmacia), Técnico de Servicios Administrativos (Almacenista, Administrador Hospitalario, Banca, Finanzas, Comercio, Ventas, Informática, Mercadeo), Funcionario de Auditoría, Técnico de Mantenimiento (de equipo médico y odontológico, de máquinas y equipos, mecánica, electricidad, supervisor de obra).

Igualmente son cargos discrecionales los de despachos de los empleados públicos.

Son cargos de carrera de Funcionarios de Seguridad Social los demás.

Son Trabajadores Oficiales las personas que desempeñan en el Instituto los cargos que a continuación se señalan:

Ayudante (Operador de Calderas, Operador de Máquinas, Acarreador, ascensorista, Empacador, Aseo, Cafetería, Lavandería y Ropería, Mantenimiento, Alimentación a Pacientes, Jardinero, Cocina), Conductor, Mecánico de Ambulancias y Portero».

Con posterioridad a ello, el artículo 1° A del Decreto 416 de 1997, por medio del cual se aprobó el Acuerdo 145 de la misma anualidad, dispuso que:

«Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

A. *Son Empleados Públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:*

1. *Presidente del Instituto.*
 2. *Secretario General y Seccional.*
 3. *Vicepresidente.*
 4. *Gerente.*
 5. *Director.*
 6. *Asesor.*
 7. *Jefe de Departamento.*
 8. *Jefe de Unidad.*
 9. *Subgerente.*
 10. *<Numeral NULO> Coordinador Clase 1, II, III, IV y V.*
 11. *<Numeral NULO> Jefe de Sección.*
 12. *<Numeral NULO> Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud.*
 13. *Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.*
- B. *Son Trabajadores Oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos».*

Entre tanto, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-579 de 1996, declaró inexecutable el párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, así como el inciso 2° del artículo 3 del Decreto 1651 de 1977, estableciendo, en la parte resolutive de dicha providencia, que lo allí resuelto sólo produciría efectos jurídicos hacia el futuro, ello, a partir de su ejecutoria.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL 6494 de 2015, reiterada en las sentencias SL15623-2017, SL2041-2018, SL3837-2018, SL130-2020 y SL 2520 de 2020, con fundamento en lo dispuesto en la citada providencia C-579 de 1996, estableció que en tratándose de funcionarios vinculados al extinto Instituto de los Seguros Sociales con antelación al 19 de noviembre de 1996, aquellos conservarían la calidad de funcionarios de la seguridad social al menos hasta el citado 19 de noviembre de 1996, pues a partir del día siguiente de aquella calenda, dichos funcionarios mutaron a empleados públicos o trabajadores oficiales, según la labor ejecutada y en atención a las previsiones del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora bien, a través del Decreto 1750 de 26 de junio de 2003 el Gobierno Nacional dispuso escindir del Instituto de Seguros Sociales la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, las Clínicas y los Centros de Atención Ambulatoria, creando siete Empresas Sociales del Estado como entidades públicas descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, adscritas al Ministerio de la Protección Social, determinando en su artículo 16, que por regla general quienes presten sus servicios a dichas instituciones serían considerados como empleados públicos, salvo los que sin ser directivos, desempeñaran funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, que serían trabajadores oficiales.

Del anterior contexto normativo se extrae, que en tratándose de personas que se vincularon al otrora Instituto de los Seguros Sociales con anterioridad al año 1996, los mismos ostentaban la calidad de empleados públicos según las actividades desempeñadas (Director General del Instituto, el Secretario General, los subdirectores y los Gerentes Seccionales de la entidad); de trabajadores oficiales quienes cumplieran las funciones de (aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte); y funcionarios de la seguridad social (aquellos que ejecutan funciones disimiles a las relacionadas en precedencia), en el caso de estos últimos, la vinculación se establecía mediante una relación legal y reglamentaria de naturaleza especial que les confería el derecho a celebrar convenciones colectivas con el extinto Instituto.

Así mismo, con la expedición del Decreto 416 de 1997, se clasificó nuevamente a los servidores del ISS, para así disponer que serían empleados públicos quienes ostentaran los cargos de: Presidente del Instituto, Secretario General y Seccional, Vicepresidente, Gerente, Director, Asesor, Jefe de Departamento, Jefe de Unidad. Subgerente,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

los servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto adscritas a los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director, en todos los demás casos, los servidores públicos se consideraban trabajadores oficiales.

Por último, con la escisión adelantada mediante Decreto 1750 de 26 de junio de 2003, aquellas personas que prestaban los servicios a la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, las Clínicas y los Centros de Atención Ambulatoria, las Empresas Sociales del Estado, por regla serían considerados como empleados públicos, salvo los que sin ser directivos, desempeñaran funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, que serían trabajadores oficiales.

Bajo el abrigo de tal panorama normativo y jurisprudencial, descende esta Corporación a analizar la situación jurídica de los vínculos desplegados por la reclamante, no sin antes aducir que, contrario a lo petitionado por el extremo convocante en la alzada, en manera alguna se cumplen las pautas para declarar la existencia de una única vinculación con el extinto Instituto de Seguros Sociales, por las continuas y extensas interrupciones en su desarrollo.

Denótese como, de la documental acopiada en el diligenciamiento, se logra concluir que la activa desarrollo sendos nexos con el otrora Instituto de los Seguros Sociales, que se pueden dividir en los siguientes periodos:

1. 2 de enero de 1985 al 1° de enero de 1986 como camillera y auxiliar de cocina
2. 2 de enero de 1986 al 31 de marzo de 1986 como auxiliar de cocina, ello, por cuanto a partir del 1° de abril de 1986, le fueron asignadas las funciones de mecanógrafa, tal como da cuenta el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

memorando 432 de 31 de marzo de 1986 (fl. 92 del expediente digital).

3. 27 de octubre de 1986 al 26 de abril de 1987 en el cargo de camillera
4. 25 de mayo de 1987 a 28 de enero de 1988 en el cargo de camillera
5. 28 de enero de 1988 y hasta el 14 de octubre de 1989, la promotora del juicio fue vinculada **en provisionalidad** en el cargo de Recepcionista Clase I – Grado 12.
6. 3 de agosto de 1990 a 31 de diciembre de esa anualidad fue contratada con el citado Instituto para ejercer funciones de Auxiliar de servicios administrativos
7. 9 de abril de 1991 al 1° de agosto de 1997, fue contratada como Auxiliar de servicios administrativos
8. 1° de agosto de 1997 a 31 de marzo de 2015, vinculada a través de un contrato individual de trabajo.

Únicamente con los relacionados, sin entrar aún a debatir lo acaecido con el contrato final del 1° de agosto de 1997 a 31 de marzo de 2015, se logran corroborar diversos interregnos de cese de funciones que, lejos de pasar desapercibidos o aludidos en importancia, constituyen parámetros claros de división contractual que en este escenario judicial reclaman relevancia.

Lo precedente, al denotarse la consumación de baches que se extendieron de uno a más de nueve meses, lo que impide constituir la reclamada continuidad en la prestación de servicios, tal como lo ha adoctrinado en senda e *iterada* jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre ellas, en la sentencia SL 2736-2020 del 15 de julio de 2020 que en un caso de idénticos contornos fácticos al presente, enseñó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«Argumenta la recurrente que entre la terminación de un contrato y el comienzo de otro, existieron interrupciones en la prestación del servicio por parte de la demandante, por lo que hubo solución de continuidad en sus vinculaciones.

Al respecto se observa que conforme a la certificación expedida por el Instituto demandado, obrante a folios 130 y 131, de los 45 contratos de «de prestación de servicios» que suscribieron las partes, 32 no tuvieron ninguna interrupción, en 11 las hubo por tres o menos días y en una ocasión 8 días, lo que deja sin fuerza el argumento de la recurrente en cuanto a que en cada contrato hubo solución de continuidad, de allí que no se pudo equivocar el ad quem cuando, no obstante admitir la presencia de interrupciones entre uno y otro contrato que no superaron los ocho días, concluyó que ello no impedía la declaración de la existencia de un único contrato, con fundamento en lo adoctrinado por esta Sala.

En ese orden, es preciso señalar que la Corte ha considerado que en casos como el aquí examinado, esos baches o períodos de tiempo tan cortos, entre uno y otro contrato, no pasan de ser interrupciones aparentes que no dan al traste con la existencia de una sola relación laboral, así lo ha concluido en procesos seguidos contra la entidad aquí demandada, en sentencias como la del 20 de febrero de 2013, rad. 42526 y la CSJ SL981-2019. En esta última se dijo:

En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL4816-2015:

*(...) esta Sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes y de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ella ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real (...) (CSJ SL. 15 feb, 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde **lo que está probado es que la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante esos períodos no hubo una prestación del servicio, sin que, además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada desde o con el demandante en esos períodos.***

(...)» (acentúa la Sala)

Circunstancia a la cual se adiciona, que Patricia Bustos Rosales adelantó en su desarrollo contractual diversos cargos que por su naturaleza impiden materializarla como trabajadora oficial y denotan su posible catalogación como empleada pública, al punto que fue nombrada bajo una relación legal y reglamentaria.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así, para los periodos comprendidos entre 2 de enero de 1985 a 1° de enero de 1986, de 1° de abril de 1986 a 1° de mayo de esa anualidad, 27 de octubre de 1986 a 26 de abril de 1987, de 25 de mayo de 1987 a 28 de enero de 1988, de 3 agosto a 31 de diciembre de 1990, del 9 de abril de 1991 y hasta el 19 de noviembre de 1996 (conforme la sentencia C-579 de 1996 y las sentencias SL 6494 de 2015, reiterada en las sentencias SL15623-2017, SL2041-2018, SL3837-2018, SL130-2020 y SL 2520 de 2020, ya analizadas), al ser integrada como Camillera, mecanógrafa y Auxiliar de Servicios Administrativos y de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1651 de 1977, le concede la calidad de funcionaria de la seguridad social, al no encuadrar las actividades desarrolladas por la promotora del juicio entre aquellas que pueden ser diversificadas como propias de los trabajadores oficiales, supuesto de facto que le impide a esta jurisdicción tener como válidos los periodos relacionados como trabajadora oficial; lo anterior se indica, por cuanto los funcionarios de la seguridad social, como se dijo en precedencia, se vinculaban a la entidad mediante relaciones legales y reglamentarias.

En igual sentido, no es posible en el presente asunto computar el periodo comprendido entre el 28 de enero de 1988 al 14 de octubre de 1989, periodo en el cual la demandante fue vinculada al Instituto de los Seguros Sociales mediante nombramiento en provisionalidad, pues dicha forma de vinculación hace parte de aquellas que se originan mediante una relación legal y reglamentaria, lo que impide al juez del trabajo efectuar pronunciamiento al respecto.

Indicación diferenciadora para los cargos de trabajador oficial, que ha sido entendida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia como el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

vigilancia o celaduría, resaltándose el enunciado planta física y, que por servicios generales alude a atender las necesidades comunes a las entidades como las propias del servicio doméstico y vigilancia, pero sin que dentro de ellas se incluyan las correspondientes a servicios médicos y paramédicos¹³.

Aunado a lo anterior, recuérdese que al ser la condición de trabajador oficial una excepción a la regla general es deber de quien alega el supuesto fáctico a su favor, demostrar mediante prueba idónea que su labor no corresponde a aquellos de carrera y, por el contrario, ejecutó funciones encaminadas al mantenimiento de la planta física o continuidad en la prestación de servicios generales. Tal como lo precisó la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia Rad. 36668 de 2011 con ponencia del H. Magistrado Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza, al enseñar:

*«Nítidamente surge del texto legal que, **por regla general, las personas que laboran al servicio de las Empresas Sociales del Estado son empleados públicos, atados por una relación legal y reglamentaria.***

Por vía de excepción –que comporta una exégesis restrictiva, alejada de la analogía y distante de la extensión, a efectos de que la salvedad no devenga en principio general, que, sin duda, terminaría por distorsionar el prístino y correcto sentido de la norma-, son trabajadores oficiales, unidos por contrato de trabajo, aquellos servidores públicos que desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.»

Elementales postulados de la distribución de la carga de la prueba enseñan que sólo es posible catalogar a un servidor público de una empresa social del Estado como trabajador oficial, en la medida de la demostración, en un proceso judicial, de que su labor está relacionada con tales actividades –mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales-, siempre que no hagan parte de los cuadros directivos. La ausencia de prueba en tal sentido conduce, irremediablemente, a que el servidor público sea catalogado como empleado público, merced a la mentada regla general (resalta fuera de texto).

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Rad. 22.858 del 13 de octubre de 2004.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Cabe precisar, que la calidad de trabajador oficial o empleado público no es de la órbita discrecional de las partes, sino que corresponde definirla al legislador.

En tal virtud, al demostrar que para el lapso del 2 de enero de 1986 a 31 marzo de esa anualidad ejecutó las funciones únicas de auxiliar de cocina, es que tal lapso sí será declarado trabajo en el cargo oficial. Pero los restantes con antelación al 19 de noviembre de 1996, fecha de ejecutoria de la sentencia C- 579 de 1996, no se convalidarán para efectos de la existencia de la relación laboral aquí pretendida, pues como se dijo en precedencia, al haberse constatado que la demandante ostentó la calidad de funcionaria de la seguridad social y al haber precedido una vinculación en provisionalidad, refulge palmario, que para dicho interregno la actora ostentó la calidad de empleado público.

Determina que se atesta con las declaraciones absueltas en el curso del asunto jurisdiccional, que en síntesis dan cuenta de ello, sumado a la subordinación que exige la norma que gobierna el asunto, al punto que en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante se logra extraer que inició a prestar sus servicios para el ISS el 2 de enero de 1985 en la Clínica San Pedro Claver, sede en la que estuvo hasta el año 1988; luego fue nombrada en provisionalidad como recepcionista en la UPZ norte y, una vez finalizada la provisión, afirmó que estuvo desvinculada por un lapso de 6 meses para luego volver mediante contrato de prestación de servicios en las instalaciones de la Calle 19 con Av. Caracas; adujo que cumplía un horario de 8 am a 5 pm, que recibía órdenes de la Dra. Mercedes en un comienzo y que debía ceñirse a las directrices que le impartían los superiores jerárquicos, quienes eran personas de planta, informó que era remitida a diversas capacitaciones por parte del contratante, a efectos de atender las obligaciones laborales con la entidad y por último señaló que era calificada por los servicios que presentaba.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Supuestos de hecho que fueron ratificados, al unísono, por parte de los testigos Clara Inés Bolívar Martínez, Danis Khaterin Grau Arévalo y José Roberto Manjarrez Piragua, quienes fueron constantes en señalar que conocieron a la demandante por haber prestado sus servicios en las diferentes dependencias en las que laboró la actora, así mismo dieron fe que la demandante debía cumplir un horario, y seguir las directrices impartidas por los jefes de área.

Las anteriores manifestaciones resultan contundentes para demostrar la subordinación a la que estaba sometida la demandante en los cargos envueltos como trabajadora oficial, de ellas, se resalta que para la prestación del servicio se le exigía el cumplimiento de un horario de trabajo, la obligación de cumplir las instrucciones que se le impartían y con los elementos suministrados por la empresa; todo lo cual, acredita fehacientemente la mentada subordinación.

En claro lo precedente, y aplicando la teoría de la presunción de la modalidad contractual en el sector oficial, en atención a la naturaleza jurídica de la demandada, de conformidad con el artículo 8° de la Ley 90 de 1946 y Ley 10 de 1990, en las que se establece que la otrora ISS era una Empresa Industrial y Comercial del Estado, y en aplicación al artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, en el que se establece que quienes presten sus servicios a dichas entidades lo son por regla general trabajadores oficiales, se advierte la presencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo pues las pruebas arrojadas demuestran, se *itera*, que recibía las órdenes e instrucciones pertinentes, cumplía el horario asignado y utilizaba los elementos de trabajo de la entidad, sin que se vislumbre en el *sub judice* la autonomía e iniciativa del contratista en la gestión encomendada, característica fundamental de esta clase de vinculación, ya que para el ejercicio de su actividad debía atenerse a lo dispuesto por el Instituto de los Seguros Sociales, en tanto de las pruebas obrantes en juicio y analizadas en conjunto acreditan la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

presunción de la modalidad contractual que alega la activa, pero en ningún momento lo desvirtúan.

Presunción regulada por el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 al advertir «*el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción*» regulación que, conforme lo ha enseñado la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral es el estatuto propio de los trabajadores oficiales, decisión vista en la sentencia SL1012-2015 Rad. 44651 del 28 de enero de 2015. Aceptar lo contrario, conduciría a convalidar un acto discriminatorio y desigual entre trabajadores, tal como lo señaló la H. Corte Constitucional en sentencia C – 665 de 1998.

En virtud de lo expuesto, es que para que para esta Corporación es constatable que en el plano de la realidad, en el caso bajo *examine* se configuraron dos vinculaciones de índole laboral entre Patricia Bustos Rosales y el extinto Instituto de los Seguros Sociales, los cuales tuvieron lugar, el primero de ellos, entre el 2 de enero de 1986 y el 31 de marzo de 1986, y el segundo, entre el 20 de noviembre de 1996 al 31 de marzo de 2015.

Establecida como quedo la relación laboral que ató a la demandante con el extinto Instituto de los Seguros Sociales, procede esta Colegiatura al estudio de las condenas impuesta en primera instancia, en atención al grado jurisdiccional de consulta que se surte frente a la enjuiciada, y dando aplicación a la excepción de prescripción formulada como medio de defensa.

PRESCRIPCIÓN

Con el ánimo de estudiar las aspiraciones económicas incoadas en el introductorio, resulta indispensable entrar a analizar previamente si ha



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

operado el fenómeno jurídico de la prescripción, respecto de las obligaciones laborales anheladas. Para lo cual es importante recordar que por disposición de los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, las acreencias laborales tienen un término de prescripción de 3 años que solo puede interrumpirse por una única vez mediante la presentación de la reclamación del trabajador al empleador.

Al respecto, se tiene que las relaciones laborales que ataron a las partes se extendieron de la siguiente manera a saber: i) del 2 de enero de 1986 al 1° de mayo de la misma anualidad, respecto de la cual ya operó el fenómeno extintivo de la prescripción respecto de todas y cada una de las prestaciones sociales que se pudieron derivar de dicho nexo contractual, y ii) del 20 de noviembre de 1996 al 31 de marzo de 2015, en esta última, como quiera la reclamación administrativa fue radicada el 17 de marzo de 2015 (fl 188 a 193 del expediente digital) y la presente demanda fue instaurada el 17 de agosto de 2017, al haberse notificado el auto admisorio dentro del año siguiente (fl 336 del expediente digital), como lo ordena el artículo 94 del C.G.P, apenas se encontrarían prescritos los derechos laborales causados con antelación al 17 de marzo de 2012.

En torno al punto de la prescripción, la misma debe ser tenida en cuenta de manera disímil a los tres años que se expuso en precedencia, en lo que a las prestaciones sociales derivadas de las cesantías y las vacaciones se refiere, ello por cuanto, en lo atinente a las primeras, esto es, a las cesantías, éstas son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante. Del mismo modo, en lo referente a la compensación de las vacaciones, y con apego a lo previsto en el artículo 45 del Decreto 1848 de 1969, luego de causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas, entre tanto el trabajador cuenta con un mes para solicitarlas, tal como lo dejó sentado el Órgano de cierre en materia laboral, entre otras, en la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

sentencia SL 981-2019, oportunidad en la que la Alta Corporación se pronunció respecto de los citados emolumentos.

Conforme lo anterior se procederá a realizar la correspondiente liquidación, teniendo en cuenta para el efecto según la constancia de folio 10 del cuaderno 2, los siguientes salarios: 2012: \$1'760.375; 2013: \$1'936.412; 2014: \$2'130.053 y 2015: \$3'343.059.

DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO

Como quiera que la demandante en el escrito introductor peticiona la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo para el periodo 2001 – 2004, suscrita entre el Instituto de los Seguros Sociales y Sintraseguridadsocial, por considerar que, al encontrarse los presupuestos de un contrato de trabajo, y adquirir el status de trabajador oficial, le son aplicables las prerrogativas del mentado documento convencional.

Así las cosas, de una lectura del artículo 1º y 3º de la convención colectiva de trabajo visible a folio 5, donde se consigna la condición de sindicato mayoritario y se expresa la extensión de la misma a los afiliados y los trabajadores que no renuncien a sus beneficios, conforme al artículo 471 del CST, se comprueba la aplicabilidad del instrumento convencional al demandante. Aunada a la declaración judicial de la relación contractual que laató con la encartada en calidad de trabajador oficial.

Aspecto que ha sido *in extenso* estudiado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL404-2013 con radicación interna 44857 del 3 de julio de 2013 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve y sentencia Rad. 42605 de marzo 20 de 2013 magistrado ponente Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, última providencia que señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«Al respecto se ha de indicar, que el Tribunal no podía negarle a la actora la aplicación de la convención colectiva 2001 –2004, cuando ya había dado por probada la existencia de un contrato realidad, y por ende la calidad de trabajadora oficial, habida consideración además, de que el sindicato firmante de la convención colectiva tenía el carácter de mayoritario, cualificación reconocida en los términos del artículo 357 del CST...»

(...)

Resulta oportuno recordar también el criterio de esta Corporación, en el sentido de que “el carácter mayoritario del sindicato puede ser demostrado por cualquier medio, por cuanto en este tópico la ley no estableció prueba solemne o un medio de prueba específico; por tanto, las manifestaciones de las partes en ese sentido contenidas en el cuerpo de la convención colectiva, deben tenerse como prueba idónea y suficiente del mismo”. (Sentencia de 28 de agosto de 2012, rad. N° 36929)».

En tal virtud, no cabe duda que la demandante es beneficiaria de la convención colectiva de la que persigue su aplicación, en tanto como se indicó en presidencia, al haberse declarado la existencia del vínculo laboral que la ató con el extinto ISS, en calidad de trabajadora oficial, es que palmario resulta estudiar las pretensiones invocadas por la activa.

Resaltándose que, si bien la mutación en la cualificación legal del cargo no limita el carácter de beneficiario de la convención colectiva de trabajo, lo cierto es que la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral ha determinado que aquellos se materializaran, siempre que los derechos convencionales se hubieren causado con antelación a la transformación y en una calidad de trabajador oficial.

Así fue anotado por la Corte Suprema de Justicia en proveído SL 4929 -2015, al aludir que en tratándose de empleados públicos la noción de derecho adquirido involucra no solo los derechos legales *«sino también los que surgieran desde lo convencional»* pero agregando que su protección se reduce a aquellos configurados o estructurados antes de que adquiriera la calidad de empleado público *«toda vez que esta especie de servidores no puede resultar beneficiaria del consenso extralegal [y] los derechos no adquiridos ni consolidados, no va más allá del momento en que mutaron de trabajadores oficiales a empleados públicos»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Empero lo anterior, tal circunstancia no se construye en este escenario judicial pues conforme los diversos nexos de la activa, el último y que es objeto actual de análisis, se presentó del 20 de noviembre de 1996 sin que con antelación a éste, obtuviera la calidad de trabajador oficial sin interrupción que le permitiera obtener beneficios convencionales.

Resultando entonces la demandante beneficiaria de la aplicación de la convención colectiva de trabajo de la que persigue beneficiarse, para el nexo gestado desde el 20 de noviembre de 1996, en adelante, es que procede la Sala al estudio de las prestaciones reclamadas:

AUXILIO DE CESANTIAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 1160 de 1947, artículo 13 de la Ley 344 de 1996, artículo 17, literal a) de la Ley 6ª de 1945¹⁴ y lo dispuesto en el artículo 62 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social con vigencia 2001- 2004, y conforme se desprende de las documentales arrojadas al plenario, a la demandante le fue reconocido el auxilio de cesantía parcial a corte de 4 de abril de 2013, 3n valor de \$16'000.000, tal como se desprende de la Resolución 54 de 4 de abril de 2013, así mismo, mediante Resolución 30 de 12 de febrero de 2013, el extinto Instituto de los Seguros Sociales le reconoció a la promotora del juicio la suma de \$1'576.000, por concepto parcial de cesantías; luego, conforme se acredita de la citada Resolución 54 de 4 de abril de 2013, a la accionante le corresponde un saldo a favor por concepto de cesantía en cuantía de \$4'806.538, y al no acreditarse el pago correspondiente a los años 2014 y fracción del 2015, es que procede la condena por dicho concepto en la suma de \$8'743.521, por lo que se confirmará la decisión adoptada en primer instancia.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia rad. 34116 de 2009.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

INTERESES SOBRE LAS CESANTÍAS

Reclama la accionante los intereses a las cesantías durante todo el tiempo de la relación laboral, ahora, sobre este punto aparece la normatividad que rige para los particulares, correspondiente a la Ley 52 de 1975 y su Decreto reglamentario 116 de 1976, pero, sin que de su contenido se haga extensivo tal reconocimiento a los trabajadores oficiales; otra regulación que contempla dicha prestación es el Decreto 3118 de 1968 atinente a los trabajadores del orden Nacional, es decir, tampoco cobija ni es aplicable a los empleados oficiales; no obstante lo anterior, se tiene que incorporó a las diligencias norma convencional que la contempla y de la cual es beneficiaria la accionante.

De manera que, acudiendo al texto de dicha normatividad tiene derecho a los intereses sobre las cesantías, que ascienden a **\$909,376,68**, por lo que se modificara la condena impuesta por el a quo sobre este concepto.

DE LAS VACACIONES

Persigue la actora el reconocimiento y pago de las vacaciones que se causaron durante la ejecución del vínculo contractual, lo que conforme a lo reglado en el artículo 8° y ss del Decreto 3135 de 1968, los artículos 45 y 46 del Decreto 1848 de 1969 y el artículo 48 del documento convencional. Atendiendo a que el término de prescripción en tratándose de vacaciones se cuentan transcurridos 4 años y 1 mes, en tanto el empleador cuenta con un año para concederlas, y 1 mes para el empleador para solicitarlas, conforme lo explica la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral en sentencia SL 19093 de 2017. La suma a la cual tendría derecho la demandante a título de vacaciones asciende a la suma de: **\$2,534,388.33**, y no de \$1'805.869 como lo indicó el *a quo*, sin embargo, como quiera que la parte demandante no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ejerció reproche alguno entorno a dicha condena y en aplicación del principio de la *no reformatio in peius*, se confirmara en este punto la sentencia recurrida.

PRIMA DE VACACIONES

Dicho emolumento se encuentra contemplado en el artículo 49 de la Convención Colectiva vigente para el 2001-2004, el cual contempla que los trabajadores oficiales tendrán derecho a una prima especial de vacaciones por cada año de labores de acuerdo al tiempo que haya laborado el empleado para el ISS. Bajo tales parámetros, a la demandante le asiste derecho a que se le reconozca y pague por tal concepto la suma de **\$2,485,061.83**, y no a la de \$3'160.862, como lo dispuso el sentenciador de primera instancia. En tal virtud, se modificará la sentencia apelada en este aspecto.

PRIMA DE SERVICIOS CONVENCIONAL

Solicita la actora el reconocimiento y pago de esta prestación extralegal regulada en el artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004.

Para resolver, se debe precisar que conforme lo enseñó el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 981-2019, dicha prestación se causa de la siguiente manera «Según el artículo 50 de la convención colectiva visible a folio 340 hay derecho a 2 primas al año, cada una de 15 días de servicios, las cuales se causan: (i) desde el 1.º de diciembre hasta el 30 de mayo y (ii) desde el 1.º de junio al 30 de noviembre, de manera que son exigibles el 15 de junio y 15 de diciembre de cada año». En tal virtud, por corresponder a 30 días de salario al año, cuyo pago se debía efectuar y por tanto se causaba 15 días en el mes de junio y 15 días en el mes de diciembre, deviene lógico que al estar prescritos los derechos causados con antelación al 17 de marzo de 2012,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

únicamente tendría derecho a percibir la actora por este concepto la suma de **\$6,017,133.92** y no de **\$12'737.386**, como se erigió en primera instancia, razón por la cual se modificará la providencia apelada en este aspecto, ello, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en esta instancia.

INCREMENTO POR SERVICIOS PRESTADOS

En lo que a este ítem respecta, debe precisarse que para su condena deben analizarse en conjunto el artículo 39 y 40 de la tantas veces citada norma convencional. Así, el artículo 39 de la convención colectiva, prevé incrementos para 3 años de vigencia, la primera correspondiente al año 2002, la segunda del año 2003 y la tercera para 2004, explicando que esta se debe dar para aquellos trabajadores que devenguen los salarios básicos de la escala, precisando en el parágrafo de este mismo artículo que para los efectos de la Convención se tendrá como salario mínimo mensual en el Instituto la asignación básica que una vez aplicados los incrementos de la respectiva vigencia correspondan al Grado 8 Nivel A; a su turno, el artículo 40 contempla el incremento salarial que para el tercer año de vigencia (2004), debe asignarse a los trabajadores que devengan un monto superior al salario básico. En tal sentir, a la demandante le asiste derecho al reconocimiento del citado emolumento en cuantía de **\$7,995,125.70**, por lo que se modificará la sentencia apelada en este aspecto.

AUXILIO DE TRANSPORTE Y ALIMENTACIÓN

En lo que atañe a estos derechos Convencionales reclamados se tiene que el artículo 53 de la Convención Colectiva de Trabajo, erige que el ISS cancelaría a todos los trabajadores oficiales del país beneficiarios de la convención un auxilio que equivale al valor que se pagaba a 31 de diciembre de 2001, incrementado anualmente con el IPC del año



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

inmediatamente anterior, así mismo se le reconocería el transporte a los trabajadores que en el desempeño de sus actividades tuvieran que desplazarse a otra ciudad o municipio. Lo anterior implica que, para poder ordenar el pago de este estipendio, resultaba indispensable que la parte actora acreditara el monto del valor del auxilio que, a 31 de diciembre de 2001, venía cancelando el ISS o que en el ejercicio de sus actividades debía desplazarse a otras ciudades. Supuestos de facto que no fueron acreditados por la demandante y en tal virtud, al no cumplir con la carga de la prueba, como lo establece el artículo 167 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por remisión del artículo 145 del C.P.T y la S.S, resultaba imposible fulminar condena respecto de este monto, en consecuencia, se revocará la decisión adoptada en primera instancia frente a este tópico.

Las mismas consideraciones que sirven para denegar el reconocimiento y pago del auxilio de transporte, sirven para negar el auxilio de alimentación perseguido por la activa, en tal virtud, se revocara la condena dispuesta por tal concepto.

DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL

Ruega la parte demandante por la condena a la demandada en torno al reconocimiento y pago de la pensión contenida en el artículo 98 de la Convención Colectiva pactada entre el Instituto de los Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social – Sintraseguridadsocial, con vigencia 2001-2004, al considerar satisfechos los requisitos que impone el acuerdo convencional para hacerse beneficiaria de dicha preceptiva.

Para resolver se tiene, que a folios 4 a 84 del informativo reposa el instrumento convencional del cual pretende beneficiarse la parte



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

demandante con la respectiva constancia de depósito ante la autoridad competente, de la cual en su artículo 98 se extrae lo siguiente:

«ARTÍCULO 98. PENSIÓN DE JUBILACIÓN

El Trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales...».

A su turno, el artículo 101 del citado cuerpo convencional prevé que

«ARTÍCULO 101. ACUMULACIÓN DE TIEMPOS DE SERVICIO.

Los servicios prestados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público podrán acumularse para el computo del tiempo requerido para poder tener derecho a pensión de jubilación y el monto correspondiente se dividirá en proporción al tiempo laborado en cada una de tales entidades...».

Del anterior contexto normativo se extrae, que serán beneficiarios de la pensión de jubilación contenida en la convención colectiva 2001-2004, todos aquellos trabajadores oficiales que cumplan como mínimo 20 años de servicio a favor de la entidad o cualquier otra entidad de derecho público, ya sean continuos o discontinuos y que cumplan 50 años de edad en el caso de las mujeres.

En el caso bajo estudio, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la que arribó la sentenciadora de primer grado al negar el reconocimiento pretendido. Así se afirma, por cuanto al realizar el computo de tiempos laborados por la demandante al otrora Instituto de los Seguros Sociales en calidad de trabajadora oficial, aquella no acreditó los 20 años exigidos por la norma convencional y sin que se allegaran certificaciones de periodos laborados a otras entidades de orden público que puedan computarse a los ya declarados en sede de instancia, es que diáfana resulta la absolución de las demandas en torno a esta aspiración.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DE LOS APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL

Al respecto, juzga esta Colegiatura conveniente indicar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002 permitió que los contratistas efectuaran el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el cuarenta por ciento (40%) de la totalidad de ingresos percibidos a título de honorarios en el ejercicio de sus funciones; empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo laboral su aporte debe atender el cien por ciento (100%) del rubro devengado.

De manera que, lo procedente en este tipo de casos es solicitar que la demandada pague a la administradora del régimen pensional al cual se encuentre afiliada la accionante, el cálculo actuarial que para tal efecto realice dicha AFP a satisfacción de la misma, teniendo para tal efecto el IBC que realmente correspondía en virtud de la declaratoria del contrato de trabajo, y es así, que al no haberse constatado pago alguno por parte del ISS para los interregnos del 2 de enero de 1986 al 1º de mayo de esa anualidad y entre el 20 de noviembre de 1996 al 1º de agosto de 1997, es que resulta procedente la condena por este concepto a la demandada. En tal virtud, habrá de modificarse la sentencia apelada, en el entendido de condenar a la pasiva Fiduagraria S.A., al reconocimiento de los aportes a seguridad social en pensión en los términos aquí señalados.

COSTAS. Se confirman las costas impuestas en primera instancia. En esta instancia se imponen costas a cargo de parte demandante, ante la ausencia de prosperidad en el recurso de alzada. Tásense por Secretaría. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los literales g y h del numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **PATRICIA BUSTOS ROSALES** contra la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A., -FIDUAGRARIA S.A., Y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, para en su lugar, **ABSOLVER** a la pasiva del pago del auxilio de transporte y alimentación, según lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR los literales b, d, e y f, del numeral segundo de la sentencia apelada, para en su lugar condenar a la pasiva a cancelar a la demandante, las siguientes sumas y por los siguientes conceptos:

a) Intereses a las cesantías	\$909.376,68
d) Prima de Vacaciones	\$2´485.061,83
e) Primas de Servicios	\$6´017.133,92
f) Incremento por servicios prestados	\$7´995.125,90

TERCERO: MODIFICAR la adición de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de agosto de 2020, dentro del proceso de la referencia, en el entendido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A., - FIDUAGRARIA S.A.**, como vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES – PAR ISS** liquidado, al reconocimiento y pago de los aportes a la seguridad social en pensión dejados de cotizar para los interregnos del 2 de enero de 1986 al 31 de marzo de esa anualidad y entre el 20



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de noviembre de 1996 al 1° de agosto de 1997, cotizaciones que deberán ser depositadas en el fondo pensional al cual se encuentre afiliada la demandante y previo el cálculo actuarial que para tal efecto realice dicha AFP a satisfacción de la misma.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida, con fundamento en los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: COSTAS. Se confirman las costas impuestas en primera instancia. En esta instancia se imponen costas a cargo de parte demandante, ante la improsperidad del recurso de alzada. Tásense por Secretaría. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-