



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105021201700243-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de abril de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos las apoderadas de las demandadas en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 20 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **RAFAEL MICHAEL KLUG UNGER** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** y la vinculada **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Doctora AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA en los términos y para los efectos de los poderes a ellas otorgados obrantes a folios 320-332. De igual forma se incorpora la escritura pública de folios 338 a 341 que da cuenta de la representación de la Dra. OLGA BIBIANA HERNANDEZ TELLEZ quien ya se encontraba actuando dentro de estas diligencias como apoderada de PROTECCIÓN. Así mismo se reconoce personería para actuar como apoderado de PORVENIR S.A., al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ en los términos del poder obrante de folios 349 a 364.

ANTECEDENTES

RAFAEL MICHAEL KLUG UNGER, pretende que se declare la nulidad de su

traslado al RAIS realizada el 1° de octubre de 2000, así como sus afiliaciones posteriores a otros fondos; y en consecuencia se ordene a OLD MUTUAL S.A., que transfiera a COLPENSIONES el saldo de la cuenta individual de ahorro, y a ésta última entidad que registre en su historia laboral dicho traslado y reactive su afiliación.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 19 de diciembre de 1957 cotizó al ISS 860 semanas hasta el 30 de septiembre de 1997; el 1° de febrero de 2000 se trasladó a PORVENIR S.A; cotizó a SANTANDER S.A hoy PROTECCIÓN S.A desde el 1° de mayo de 2003 y a partir del 1° de enero de 2009 directamente a este último fondo; y finalmente cotizó a OLD MUTUAL a partir del 1° de septiembre de 2016; al momento de su traslado al RAIS no fue advertido que sólo le faltaban 2 año, 8 meses y 20 días para completar el requisito de 1000 semanas para su pensión; y, las solicitudes que elevó a COLPENSIONES y OLD MUTUAL para anular su afiliación le fueron negadas. (Fls 5-22)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad del actor, su afiliación al Sistema de Seguridad Social y por parte de COLPENSIONES Y OLD MUTUAL, las solicitudes a ellas elevadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica (fls 73-80).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (Fls 98-110).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe; prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 194-201).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la genérica (fls 224-241).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de agosto de 2019 el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuada por el demandante el 11 de febrero de 2000 al RAIS por intermedio de PORVENIR S.A, y en consecuencia declarar como afiliación válida la del RPMPD administrado por COLPENSIONES; condenar a OLD MUTUAL S.A a trasladar los aportes pensionales , cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y traslados contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor a COLPENSIONES, concediendo para ello el término de un(1) mes; condenar a PROTECCIÓN S.A y a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES lo descontado de la cuenta de ahorro individual del actor por concepto de gastos de administración y traslado, concediendo para ello el término de un(1) mes; condenar a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral; declarar no probadas las excepciones propuestas; y, condenar en costas a PORVENIR S.A fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000; sin condena en costas para las demás.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de las demandadas interpusieron recurso de apelación para que sea revocada y en su lugar se les absuelva de las pretensiones conforme a los siguientes argumentos:

COLPENSIONES, teniendo en cuenta que es la ley 100/93 la que creó los dos regímenes que coexisten y tienen características plenamente identificables, las cuales aceptó el demandante le fueron informadas como quedó plasmado en el formulario de afiliación (fl 203), aceptando igualmente las condiciones del régimen al que se afiliaba, y si bien los fondos tenían la obligación de informar al actor también a éste le asistía el deber de informarse del acto que celebró, sin que hubiera hecho uso de su derecho de retracto, permaneciendo, por el contrario, por más de 20 años en el RAIS con lo cual ratificó su deseo de continuar en dicho régimen al punto de que se trasladó en dos ocasiones más a otros fondos, de ahí que no se pueda obligar a las AFP a probar la información suministrada cuando no era deber para la época de registrarla sino sólo suscribir el formulario, además de todo ello el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, por lo que acceder a este traslado implicaría en un futuro el menoscabo de la sostenibilidad financiera del sistema al presentarse inequidad con los demás afiliados que sí han cotizado.

OLD MUTUAL S.A., por cuanto no es posible devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración porque el porcentaje de comisión que se destina es una póliza para pagar los riesgos de IVM y la otra para sufragar los gastos propios de administración, razón por la que

parte de los gastos ya fue utilizada para pagar las pólizas y por tanto no se encuentra en sus arcas, lo cual también ocurre respecto de los destinados a la propia administración, por lo que la comisión se causó y no es posible su retorno encontrándose inmerso en un detrimento a su patrimonio con dicha orden, por la que no debe ser castigado al no haberse tratado de un capricho suyo.

PROTECCIÓN S.A., porque el actor firmó los formularios de afiliación y traslado de régimen conforme a sus intereses, no existiendo vicio alguno en los contratos allegados. De otra parte, en cuanto a los gastos de administración sabido es que están destinados a pagar los gastos propios y que, en caso de siniestro de IN, sean cubiertos.

PORVENIR S.A., considerando que las sentencias traídas a colación no se aplican para este caso porque no es beneficiario del régimen de transición, además que no se aplican de manera automática, habiéndose dado por sentado que el fondo no dio la información necesaria para la afiliación sólo porque no obra documental que así lo acredite, siendo condenada con la manifestación del actor y con base en ordenamiento posterior que así lo dispone, restándole valor al diligenciamiento del formulario de afiliación, cuando fue con fundamento en él que se le ampararon los riesgos de IVM; entonces, como no quedó demostrado que lo hubiera inducido en error, encontrándose ratificado su deseo de mantener su vinculación con el RAIS porque lleva más de 20 años, que no se estableció cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable que no cumplió con su deber de averiguar, evidente no probó el engaño; y tratándose de los gastos de administración solicita la revocatoria ya que en la sentencia no se justificó su imposición.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicitó la confirmación del fallo como quiera que el fondo privado tenía la carga de la prueba de demostrar la información brindada al momento del traslado de régimen la cual no cumplió. Entre tanto, COLPENSIONES, PORVENIR S.A y OLD MUTUAL S.A insistieron en la revocatoria del fallo de primera instancia porque el actor no hizo uso de su derecho de retracto, se encuentra inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, no propuso la nulidad dentro del término de ley, y en todo caso saneo la misma con su permanencia en el RAIS, sin que fuera beneficiario del régimen de transición, no habiendo demostrado perjuicio alguno, sin perjuicio de lo cual, en caso de mantenerse la condena deben los fondos trasladar la totalidad de documentos y dineros por concepto de aportes, bonos, rendimientos, administración y seguro provisional; precisando PORVENIR S.A que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante por lo que ninguno de los presupuestos legales resultaron demostrados en el proceso; de otro lado, PROTECCIÓN S.A., peticionó la revocatoria del fallo porque su actuación lo fue de buena fe, y se desconoció las oportunidades que tuvo el demandante para retornar al RPMPD sin que

lo hubiera hecho, enfatizando que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración atendiendo la destinación de estos y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A luego de hacer un relato histórico del desarrollo jurisprudencial del tema señaló que para cada específico debe hacerse un análisis no sólo de la información brindada sino al potencial afiliado sino de los deberes que le imponía la norma vigente a las AFP.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si es presupuesto para la declaratoria de la nulidad contar con una expectativa legítima de pensión, **iv)** si la permanencia en el RAIS por más de 20 años y el traslado entre fondos sana la nulidad del traslado de régimen, **v)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, **vi)** si los fondos OLD MUTUAL S.A., PORVENIR S.A y PROTECCIÓN están obligados a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación a ellos realizada, **vii)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y **viii)** si la demanda de nulidad se ve afectada por no haber sido promovida dentro de un término específico. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones 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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

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

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente de ello los administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.***”

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente

información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 203 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 11 de febrero de 2000, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 204, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor RAFAEL MICHAEL KLUG UNGER asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la

pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 11 de febrero de 2000 con efectividad a partir del 1º de abril de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS por más de 20 años no genera la consecuencia de validar la afiliación como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos.

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de PROTECCIÓN S.A y OLD MUTUAL S.A, sanee la nulidad de la afiliación inicial, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de*

este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem-.

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

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos

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

Así mismo, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que permitiría admitir dicho argumento.

Finalmente, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de las recurrentes. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por RAFAEL MICHAEL KLUG UNGER en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A y la vinculada PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTIAS S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A y la vinculada PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

EN USO DE PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105017201800033-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de abril de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES contra la sentencia de primera instancia proferida el 4 de octubre de 2019 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **GLORIA ZAPATA MONTEALEGRE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada sustituta de COLPENSIONES a la doctora LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ en los términos y para los efectos del poder obrante a folio 183.

ANTECEDENTES

GLORIA ZAPATA MONTEALEGRE, pretende que se declare la nulidad de su traslado al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A que realizó en el mes de abril de 1995 por haber sido inducida a error por parte del fondo de pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A, quienes no cumplieron su obligación de entregar información, clara, veraz y suficiente sobre los efectos de dicho traslado con lo cual se le causaron perjuicios frente a las condiciones de causación, exigibilidad y monto de su derecho pensional; y en consecuencia, se ordene su retorno automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES, quien deberá reactivar su afiliación y recibir los valores que debe devolverle PROTECCIÓN S.A., con ocasión de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas

adicionales de la aseguradora, etc., junto con los frutos e intereses conforme el artículo 1746 del C.C.; se ordene a OLD MUTUAL S.A., que transfiera a COLPENSIONES el saldo de la cuenta individual de ahorro, y a ésta última entidad que registre en su historia laboral dicho traslado y reactive su afiliación.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 15 de febrero de 1964; cotizó al ISS desde el 5 de junio de 1990 y hasta el 30 de marzo de 1995 un total de 123.29 semanas; los asesores de COLMENA en marzo de 1995 acudieron a la empresa en la que laboraba y le informaron que de trasladarse podría acceder a una pensión en fecha anterior a la prevista en el ISS y en cuantía superior siendo la mejor opción en materia pensional, advirtiéndole los múltiples riesgos que acarrearía su permanencia en dicho instituto, omitiendo realizarle una proyección y explicarle los requisitos, características y condiciones del RAIS y la forma como podría obtener la pensión; suscribió el formulario de afiliación en abril de 1995 en donde se encontraba la manifestación de su voluntad pre impresa; en el año 2000 la AFP COLMENA se fusionó con la AFP DAVIVIR y luego de ellos presentaron entre fondos siendo la última confirmación de traslado con PROTECCIÓN S.A; de acuerdo a un dictamen pericial emitido por una firma actuarial obtendría una mesada pensional de \$2.200.153 con fecha de exigibilidad del 28 de febrero de 2021 con el fondo, mientras que en el RPMPD sería de \$5.493.331, sin embargo con l proyección del fondo tan sólo se le reconocería la suma de \$1.902.488; y finalmente, las solicitudes que elevó a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A para anular su afiliación le fueron negadas. (Fls 4-15)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la fecha de nacimiento, su afiliación y las solicitudes a ellas elevadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls 86-110).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., propuso las excepciones denominadas validez de la afiliación al RAIS con COLMENA AIG y DAVIVIR hoy PROTECCIÓN; buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y la genérica. (Fls 125-133).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de octubre de 2019 el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, no procedencia al pago de condena en costas, buena fe y prescripción propuestas por las demandadas; declarar que la vinculación de la demandante al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; declarar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES y que esa entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación sin solución de continuidad; ordenar a PROTECCIÓN S.A trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su vinculación, como cotizaciones, rendimientos, etc.; ordenar a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos a favor de la demandante y convalidarlos con su historia laboral para efectos de la suma de semanas a que haya lugar en ese régimen pensional; y condenar en costas a PROTECCIÓN S.A y a COLPENSIONES incluyendo como agencias en derecho el valor de \$800.000.00 para cada una.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que sea revocada y en su lugar se les absuelva de las pretensiones toda vez que las características que echa de menos la actora porque no le fueron informadas están contenidas en la ley 100 de 1993, norma que es de público conocimiento por lo que no puede alegar la ignorancia de la misma como excusa, de ahí que lo que se configuró eventualmente fue un error de derecho que no constituye un vicio en el consentimiento, circunstancia que también se extiende a la falta de información de las ventajas y desventajas de los regímenes, ya que esta última situación se podía visualizar si los afiliados tenían régimen de transición, se hallaban ad portas para reunir los requisitos de la pensión, o, ya los habían reunido, por lo que al no ser ese el caso de la demandante no debió aplicarse la jurisprudencia citada por el Juez, es así como la misma apenas contaba con 31 años de edad y casi 200 semanas cotizadas al momento del traslado, de ahí que posiblemente le resultara más favorable la prestación en el RAIS; sin perjuicio de lo anterior, COLPENSIONES no aprobó el retorno de la actora al RPMPD porque eso generaría una descapitalización del sistema; además, la demandante firmó el formulario con el que aceptaba el traslado de régimen, de donde se desprende que la AFP actuó conforme a la ley en la medida que no le estaba permitido negar vinculaciones y por eso tampoco tenía la obligación de desmotivarla.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES insistió en la revocatoria del fallo de primera instancia porque la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la ley 797 de 2003, además que no contaba con una expectativa legítima de pensión al momento de su traslado y no probó el vicio en el consentimiento. Por otro lado, la parte actora persiste en que se procesa a confirmar el fallo, pues el fondo privado demandado no cumplió con ninguna de las obligaciones a cargo, aunado al acatamiento del precedente jurisprudencial.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si es presupuesto para la declaratoria de la nulidad contar con una expectativa legítima de pensión y **iv)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones 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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

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

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.***”

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente

información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 135-136 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima Media administrado por el ISS a CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA HOY PROTECCIÓN S.A., diligenciado el 24 de marzo de 1995 con fecha de efectividad a partir del 1º de abril de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 134, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora GLORIA ZAPATA MONTEALEGRE asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los

beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A diligenciado el 24 de marzo de 1995 con fecha de efectividad a partir del 1º de abril de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto

Finalmente, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente a la demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados.

Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable del recurso de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de la recurrente. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de octubre de 2019 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por GLORIA ZAPATA MONTEALEGRE en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.; conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada recurrente ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

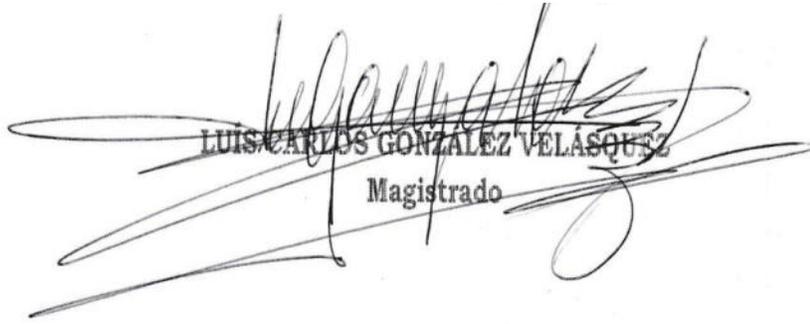
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

EN USO DE PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105037201800444-01

En Bogotá D.C., hoy Treinta (30) de abril de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 22 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ELDA MIREYA ROCHA RUÍZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de PROTECCIÓN S.A a la doctora OLGA BIBIANA HERNANDEZ TELLEZ identificada con la C.C No. 52.532.969 de Btá y T. P No. 228020 del CSJ en los términos y para los efectos del poder conferido que milita a folios 389 -392., y así mismo a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ con CC C.C. No. 31.486.436 de Yumbo (Valle) y T.P No. 303924 del CSJ como apoderada sustituta de COLPENSIONES en los términos y para los efectos del poder de folios 394-406 y ss.

ANTECEDENTES

ELDA MIREYA ROCHA RUÍZ, pretende se declare la nulidad del traslado y la afiliación efectuada al RAIS a través de PORVENIR S.A., por el incumplimiento al deber de información; y en consecuencia, se ordene su

traslado a COLPENSIONES, junto con la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos, gastos de administración o cualquier otro que se haya generado y, en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del fondo de pensiones al momento de dictarse sentencia, a seguir pagando la misma hasta tanto le sean trasladados todos los recursos a COLPENSIONES para financiar la deuda pensional y sea incluida en nómina de pensionados por está; lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que estuvo afiliada al sistema de seguridad social y pensiones desde el 1° de enero de 1987; se trasladó el 16 de junio de 1994 del RPMPD a DAVIVIR S.A como consecuencia de la publicidad y gestión de ese fondo, sociedad fue absorbida por PROTECCIÓN S.A; al momento de la afiliación no se le entregó información completa, veraz, transparente, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias entre ambos regímenes en cuanto a sus prestaciones, beneficios, ventajas y desventajas; la persona que hizo la gestión para la vinculación y traslado no le informó cuánto era el capital que necesitaba acumular o el monto para pensionarse a determinada edad, tampoco realizaron proyecciones de mesadas pensionales y mucho menos márgenes comparativos entre ambos regímenes, no se le indicó que tenía que cotizar y con qué salarios para alcanzar una pensión de vejez similar o superior a la que se otorgaba por el ISS, no le aclararon que su pensión se encontraba afectada por diferentes variables en el sentido de los beneficiarios y que tenía derecho a retractarse; con el objeto de que se afiliara le informaron que podría pensionarse a edad más temprana, la mesada pensional sería más alta que en el ISS y que el ISS iba a desaparecer; solicitó a PROTECCIÓN S.A copia de los documentos que le entregó para haber tomado la decisión de traslado sin serle entregados; sus solicitudes de nulidad de traslado le fueron negadas; y, según un cálculo la mesada pensional que le correspondería en el RPMPD arrojaría la suma de \$2.192.390 mientras que en el RAIS es de \$781.242, encontrándose actualmente cotizando a PORVENIR S.A. (fls 2-38)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la afiliación a cada una de ellas y las solicitudes de nulidad junto con sus respuestas.

COLPENSIONES propuso las excepciones denominadas el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, no

procedencia al pago de costas de las instituciones administradoras de seguridad social y orden público y la genérica. (fls 249-255 vto)

PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones y la genérica (fls 263-283)

PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 320-329 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, se absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones, condenando en costas a la demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$100.000 para cada una de las demandas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque en su integridad y en su lugar se acceda a las pretensiones, pues el traslado de régimen se realizó con ocasión de lo que se le indicó al momento de la afiliación, sin que se lograra determinar dentro del expediente que la información suministrada le permitió tomar una decisión consciente, apartándose el fallo de la legislación y la jurisprudencia actual que se ocupa de la materia, siendo que la demandante en su declaración fue clara al señalar que en ningún momento le dieron una información suficiente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido únicamente se pronunciaron PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES quienes insisten en la confirmación de la sentencia de primera instancia pues todas sus actuaciones estuvieron precedidas por la buena fe y legalidad, por lo que todos sus afiliados lo han hecho de forma libre y voluntaria, además, la demandante tuvo varias oportunidades en las que pudo regresar al Régimen de Prima Media sin que hubiese hecho uso de la facultad con que contaba para hacerlo, y en todo caso el conocimiento sobre los productos que adquiere un

consumidor financiero es una responsabilidad compartida entre las entidades financieras y sus consumidores, quedando a cargo de estos últimos un deber de consulta, verificación, investigación y revisión de lo que está contratando, como lo es la vinculación a un fondo de pensión obligatoria; De igual forma tampoco se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al RAIS administrado por PORVENIR S.A; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, tal comisión se encuentra autorizada por la Ley (Art 20 de la ley 100 de 1993), y es un porcentaje que se descuenta para financiar lo que es el seguro previsional en la compañía de seguros, por lo que ordenar que se trasladen constituiría un enriquecimiento sin causa para la demandante.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad verificando si como lo afirma la censura, la información a ella brindada al momento del traslado del régimen fue deficiente, en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste**

que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones. Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones 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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no***

simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

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

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 288 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a DAVIVIR S.A hoy

ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A diligenciado el 16 de junio de 1994 con fecha de efectividad del 1 de julio de 1994, lo que también se corrobora con el certificado expedido por ASOFONDOS (fl 290), prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien manifestó que no sabía que DAVIVIR era PROTECCIÓN S.A, y aunque aceptó haber firmado el formulario de afiliación y traslado a PROTECCIÓN S.A., y no haber solicitado a los asesores comerciales información adicional a la por ellos suministrada, lo hizo porque le pareció suficiente lo que se le indicó respecto a que el ISS se iba a acabar y que iba a tener una mejor pensión, sin embargo nunca le realizaron un análisis ni estudio de su pensión ni le mencionaron los riesgos y las consecuencias del traslado, precisando que DAVIVIR no le envió los extractos ni le informó que se podía trasladar de régimen antes de los 47 años, ya que si le hubieran informado todo sería distinto.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando PROTECCIÓN S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora ELDA MIREYA ROCHA RUIZ asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, dando lugar, inclusive a la devolución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo,*

acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En cuanto a la reasesoría pensional que hubiere podido proporcionársele a la demandante, es de decir que no genera la consecuencia de validar la afiliación, en la medida que la información completa y veraz que el afiliado requería debió serlo al momento de la afiliación para que se le permitiera conscientemente optar por la mejor decisión, como así lo ha reiterado la CSJ en diversas ocasiones, entre ellas, en la sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicado 664381, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo cuando reflexionó que *“... la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”*.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PROTECCIÓN S.A el 16 de junio de 1994 con efectividad a partir del 1 de julio de 1994 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Costas en las instancias a cargo de los fondos demandados, dado el resultado del recurso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día el 22 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por ELDA MIREYA ROCHA RUÍZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, y la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante ELDA MIREYA ROCHA RUÍZ a DAVIVIR S.A hoy ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, el 16 de junio de 1994, con efectividad a partir del 1° de julio de 1994 correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS.

TERCERO: CONDENAR a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos su frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Incluidos los gastos de administración.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, recibir y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTA: CONDENAR en COSTAS en ambas instancias a los fondos demandados ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Fíjense en esta instancia como agencias en derecho la suma de \$908.526.º para cada una de ellas en favor de la parte demandante. Las de primera instancia tásense por el juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

EN USO DE PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105031201800605-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de abril de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 21 de febrero de 2019 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JEAN FRANCOIS RAYMOND GEORGES JOLLY** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada DANIELA PALACIO VARONA identificada con la C.C No. 1.019.132.452 de Btá y T. P No. 353307 del CSJ como apoderada de PORVENIR S.A en los términos y para los efectos del poder conferido que milita a folios 172-192; asimismo se reconoce personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA con CC No. 1.037.639.320 de Envigado, y T.P. No. 288.820 del CSJ y como apoderada sustituta a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con CC No. 37627008 de Puente Nacional – Santander y T.P No. 221.228 del CSJ (fls 193 y ss)

ANTECEDENTES

JEAN FRANCOIS RAYMOND GEORGES JOLLY, pretende que previa declaratoria de la nulidad de su vinculación a PORVENIR S.A realizada el 2 de agosto de 1998, por cuanto existió error de hecho, y en consecuencia se condene a ese fondo a registrar en su sistema de información que no efectuó ninguna vinculación válida al mismo; así como a COLPENSIONES

a actualizar su historia laboral, quien además deberá recibir todos los aportes, bonos, rendimientos y comisiones efectuados al RAIS, y reconocerlo como afiliado, lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones, relató, en síntesis, que nació el 12 de febrero de 1951; trabajó en diversas universidades desde el 2 de agosto de 1991 hasta el 31 de agosto de 1998, cotizando un total de 363 semanas al ISS; en junio de 1998 se afilió a PORVENIR S.A; ni al momento de su afiliación ni durante su permanencia en dicho régimen fue debidamente informado sobre las consecuencias del traslado; PORVENIR S.A conocía el número de semanas cotizadas y el promedio salarial sobre el cual cotizaba y no le sugirió que debía quedarse en el RPMPD, además, no le informó las ventajas de permanecer en este régimen; con ocasión de una asesoría de contrató se dio cuenta del engaño del que había sido objeto por PORVENIR S.A para afiliarse al RAIS generándole un conocimiento falso de la realidad; las solicitudes de nulidad de la afiliación que elevó ante las demandadas le fueron negadas por COLPENSIONES y no contestadas por PORVENIR S.A, contando a la fecha con más de 1357 semanas cotizadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, con la no sugerencia por parte del fondo para quedarse en el RPMPD, el número de semanas cotizadas, la afiliación a cada una de ellas y las solicitudes de nulidad.

PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 86-93 vto)

COLPENSIONES, propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la (fls 125-131)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de febrero de 2019, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas al demandante en cuantía de medio (½) SMLMV por concepto de costas y agencias.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de JEAN FRANCOIS RAYMOND GEORGES JOLLY interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque en su integridad y en su lugar se acceda a las pretensiones, pues PORVENIR S.A no brindó una información clara, completa y comprensible respecto a las condiciones de pensión en el RAIS, existiendo por tanto un vicio del consentimiento que se constituye en error de hecho. Por otro lado, frente al error de la fecha de nacimiento encontrado en el formulario de vinculación a PORVENIR S.A no se le puede culpar al demandante, pues él no lo llenó sino que fueron las asesoras del Fondo Privado, demostrando así que hubo un reclutamiento de personas para afiliarse al RAIS sin informar de manera clara cómo se constituye la pensión de vejez, prometiendo mejores prerrogativas y mencionando que el ISS se iba acabar. Por otra parte, hay un perjuicio pues en el estudio pensional se estableció que en el Régimen de Prima Media la pensión de vejez del accionante iba hacer el doble que en el RAIS, habiendo aceptado el representante legal que no existió asesoría y nunca se le informó sobre la oportunidad de retracto, afectando así la libertad de elección aunque se firmara de manera voluntaria ante el evidente engaños

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte demandante insistió en la revocatoria del fallo considerando que el fondo no cumplió con la carga de la prueba respecto a la información completa, comprensible y cierta que debió brindar al momento del traslado, desconociéndose la jurisprudencia que sobre el particular ha proferido la H. Corte Suprema de Justicia. Entre tanto, PORVENIR S.A solicita la confirmación en su integridad de la sentencia como quiera que cumplió a cabalidad con las obligaciones vigentes, y por tanto no tenía el deber del buen consejo y la reasesoría, así como tampoco dejar constancia de la información suministrada por escrito, sin que el actor hiciera uso de su derecho de retracto, resaltando que los gastos de administración tienen destinación específica. Y COLPENSIONES solicita que se confirme el fallo proferido en primera instancia porque dentro del presente proceso obran medios de prueba documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, siendo que el asesor suministró la totalidad de la información clara y precisa sobre los efectos jurídicos que le acarrearía dicho cambio de régimen, no se logró demostrar ningún vicio del consentimiento, además que está inmerso en la prohibición de retornar y se afectaría el principio de sostenibilidad financiera.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones 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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción***

que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

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

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello las administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 94 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A diligenciado el 2 de junio de 1998 con fecha de efectividad del 1° de agosto del mismo año, el que una vez cotejado con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS que consta a folio 95, deja en evidencia el error cometido por ese Fondo al haber consignado en dicho formulario de manera errónea uno de los datos necesarios para suministrar la información adecuada al actor, pues nada más desatinado que haber registrado como año de nacimiento del demandante el año de 1961, cuando el correcto era el año 1951, lo que hizo una diferencia de diez (10) años que resultaban trascendentales para la toma de su decisión de traslado ya que lo ubicaba dentro de los beneficiarios del régimen de transición al completar al 1° de abril de 1994 más de 40 años de edad, lo cual era fácil constatar con su documento de identidad – cédula de extranjería.

Formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. El formulario contiene los siguientes datos:

- Logo de Porvenir y número de línea: NIT 800 144 331 3
- Título: SOLICITUD DE VINCULACIÓN AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS
- Fecha de expedición: 98.106102
- Ciudad: Bogotá
- Traslado de A.F.P. y Entidad Administradora Anterior: ISS.
- Información del Trabajador: Tipo de trabajador (Dependiente), Nacionalidad (Francesa), Fecha de nacimiento (61.05.24), Sexo (M).
- Primer apellido: Jolly, Segundo apellido: Francois
- Dirección de residencia: Cra 27 # 45 A 56, Bogotá
- Teléfono: 3626886
- Dirección donde trabaja: Cra 79 # 40-62, Bogotá
- Departamento: Bogotá
- Temple: 28815/11
- Temple total cotizado: 11 años y 11 meses
- Forma de cotización: I.S.S.



Omisión en la veracidad de la información que así vista permite afirmar que ese Fondo privado no sólo incurrió en faltas al diligenciar el documento de afiliación, sino que ningún seguimiento adelantó respecto de la vinculación del demandante, entre ellas brindar la información correcta para su caso particular de traslado de régimen.

Prueba que así vista en principio es concreta en el sentido de que el traslado no se realizó de forma correcta en la anotada fecha, deficiencia informativa que también corroboró el testigo GABRIEL ENRIQUE LEAL, quien informó que conocía al demandante desde 1992, y que le consta que en el año 1997 se encontraba vinculado a la Universidad Javeriana, que realizaron una charla la cual consistió en que los fondos privados tienen

mejores beneficios que el fondo público, que los rendimientos financieros eran mejores, que con el tiempo el ISS iba a terminar, reunión en la que no mencionaron como se estructuraba la pensión de vejez ni realizaron un comparativo entre el monto de la pensión en el RAIS y en el ISS, y que las asesoras no hablaron sobre el retracto de la afiliación, ni de las ventajas y desventajas de dicho régimen.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando PORVENIR S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor JEAN FRANCOIS RAYMOND GEORGES JOLLY asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara,

precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 2 de junio de 1998 con efectividad a partir del 1 de agosto de 1998 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad. Tal y como indicó la primera instancia.

Costas en las instancias a cargo de PORVENIR S.A dado el resultado del recurso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 21 de febrero de 2019 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró JEAN FRANCOIS RAYMOND GEORGES JOLLY en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó el demandante JEAN FRANCOIS RAYMOND GEORGES JOLLY a la

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 2 de junio de 1998 con efectividad a partir del 1º de agosto de ese año, correspondiente al traslado de régimen proveniente del ISS.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, incluidos los gastos de administración.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recibir y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. Fijese como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$908.526.00 en favor de la parte demandante. Se REVOCAN las de primera instancia las cuales deberán estar a cargo de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Tásense.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

EN USO DE PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO Expediente:
Rad. 110013105038201700779-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de abril de 2021 fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 22 de junio de 2019 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JUAN CARLOS URIBE MORALES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES– Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada sustituta de COLPENSIONES a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ identificada con la C.C No. 31.486.436 de Yumbo y T. P No. 303924 del CSJ en los términos y para los efectos del poder conferido que milita a folio 211.

ANTECEDENTES

JUAN CARLOS URIBE MORALES, pretende que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS efectuada por la hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 18 de diciembre de 1996, con fecha de efectividad el 1º de febrero de 1997, ante la omisión de ese fondo del deber de información respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen; y en consecuencia, se condene a dicho fondo a entregar o restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones con todos los rendimientos que se

hubieren causado; entidad esta última que a su vez deberá recibirlo como afiliado junto con los valores obtenidos contabilizando para efectos de la pensión las semanas por él cotizadas en el RAIS; condenando a las demandadas a lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que el 6 de junio de 1984 se afilió al ISS; se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A. el día 18 de diciembre de 1996 con efectividad a partir del 1° de febrero de 1997, sin ser informado respecto a las implicaciones de sus derechos, los riesgos de cambiarse de régimen, las diferencias de uno y otro para tomar una decisión autónoma y consciente respecto de las ventajas, desventajas o inconvenientes entre los dos sistemas, las modalidades de pensión y la más conveniente teniendo en cuenta su historial laboral, edad, tiempo cotizado, del capital que debía acumular y la edad en la cual podría acceder al respectivo reconocimiento de la pensión, y demás factores; por lo anterior elevó sendas solicitudes ante COLPENSIONES para que se declara nulo o ineficaz su traslado del RPMPD al RAIS, las cuales le fueron negadas (fls 1-21).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con las afiliaciones del demandante y las solicitudes elevadas a COLPENSIONES con su respectiva contestación, ello por parte de dicha entidad.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES propuso las excepciones denominadas inexistencia del derecho y de la obligación, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica. (Fls 74-84)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica. (Fls 157-164).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de julio de 2019, el Juzgado Treinta y Ocho (38)

Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, se consideró relevado del estudio de las excepciones propuestas y condenó en costas al actor incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.00 para cada una de las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque en su integridad y, en su lugar, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuada por el promotor de esta a actuación, teniendo en cuenta que el despacho omitió valorar si el fondo de pensiones PORVENIR S.A., cumplió o no con la obligación que tenía al momento del traslado de régimen pensional del demandante de informar e ilustrar suficientemente sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, lo cual de acuerdo con el art 171, 172 de la ley 100/93 implica necesariamente que dicho traslado debe declararse nulo al trasgredir el derecho de la libre selección o de traslado, es así como el fondo no demostró en el proceso haber brindado al demandante dicha información, aportando simplemente formulario de filiación que claramente la jurisprudencia pacífica y reiterada de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que no es suficiente para poderse considerar que dicho traslado fue válido y eficaz, y no puede tampoco ser un argumento para desestimar las pretensiones la sostenibilidad del sistema, ya que no es lo que se está evaluando sobre todo cuando se hace la devolución de todos los ahorros del RAIS al RPMPD lo que evita la configuración de algún tipo de perjuicio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal la parte actora insistió en la prosperidad de su recurso en el sentido de que debe ser revocada la sentencia de primera instancia ya que el juez no tuvo en cuenta que el fondo demandado no cumplió con su carga probatoria de demostrar que le brindó la información completa y clara al demandante al momento de su traslado de régimen. Por su parte, la apodera de COLPENSIONES solicita que se confirme la sentencia absolutoria porque el traslado de la actora se realizó de manera libre y voluntaria, no observándose ningún vicio en el consentimiento, habiendo recibido toda la información necesaria sin que sea válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en la ley, correspondiéndole demostrar a la demandante sus afirmaciones.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con especial énfasis en la el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

“las administradoras de pensiones 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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la

seguridad social, entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso". (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

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

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social,

y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello las administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de

punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 166 obra copia del formulario de afiliación a COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTIAS Y PENSIONES S.A hoy PORVENIR S.A diligenciado el 18 de diciembre de 1996 con efectividad a partir del 1° de febrero de 1997, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folios 167, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. Así mismo se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación manifestó que la oficina de recursos humanos de su entonces empleador fue quien programó la cita con la representante de Colpatria, en la cual se diligenció el formulario de traslado de régimen, toda vez que la representante le informó que el entonces ISS se iba a acabar y que por tal motivo era mejor que realizara el traslado antes de ese hecho, más sin embargo no se le informó de las consecuencias de dicho cambio ni de la forma de pensionarse.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A antes COLPATRIA obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor JUAN CARLOS URIBE MORALES asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho

para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTIAS Y PENSIONES S.A hoy PORVENIR S.A diligenciado el 18 de diciembre de 1996 con efectividad a partir del 1° de febrero de 1997 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, sin que su permanencia en el mismo sanee el acto nulo, debiéndose por tanto revocar la sentencia de primera instancia que se abstuvo de declarar la nulidad de la afiliación al RAIS.

Declaratoria que de ninguna manera afecta lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar PORVENIR S.A a COLPENSIONES sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Se condenará en costas de esta instancia a PORVENIR S.A. Se REVOCAN las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de esta demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 22 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la demanda promovida por JUAN CARLOS URIBE MORALES en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante JUAN CARLOS URIBE MORALES a la SOCIEDAD COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, el 8 de abril de 1994 con efectividad a partir del 1° de mayo de ese año, correspondiente al traslado de régimen proveniente del ISS.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, incluidos los gastos de administración.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recibir y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. Fijese como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$908.526.00 en favor de la parte demandante. Se REVOCAN las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Tásense.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

EN USO DE PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105028201700863-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de abril de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 20 de febrero de 2019 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUGARDA ROCIO BALLESTAS BOSSIO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora **MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA** con CC No. 1.037.639.320 de Envigado, y T.P. No. 288.820 del CSJ y como apoderada sustituta a la Doctora **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES** con CC No. 37627008 de Puente Nacional – Santander y T.P No. 221.228 del CSJ, en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 179 vto -190.

ANTECEDENTES

LUGARDA ROCIO BALLESTAS BOSSIO, pretende se declare la nulidad del traslado de régimen realizado el 1° de abril de 2000 a PORVENIR S.A pues omitió proporcionarle información cierta, real, suficiente, determinante y oportuna al momento de su afiliación, en detrimento económico mensual de su mesada pensional; y en consecuencia, se condene a dicho fondo a trasladar a COLPENSIONES los dineros de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, sin descontar valor alguno por gastos de administración o cualquier otro con ocasión de su regreso automático

como afiliada del RPMPD; y de no accederse a dicho pedimento, a que esa AFP le cancele la diferencia de la mesada que hubiera recibido en COLPENSIONES; lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 21 de agosto de 1962; se afilió al ISS el 4 de septiembre de 1991 donde permaneció hasta el 4 de febrero de 1999; el 1° de abril de 2000 se trasladó a PORVENIR S.A; el 1° de junio de 2010 se trasladó a OLD MUTUAL S.A; en mayo de 2019 retornó a PORVENIR S.A; ha cotizado un total de 1091 semanas incluyendo las que efectuó en COLPENSIONES; los asesores comerciales de PORVENIR S.A fueron a su lugar de trabajo para captar masivamente clientes omitiendo suministrar información sobre las consecuencias que traería el traslado y la comparación entre los dos regímenes, confiando en lo por ello manifestado, esto es, que su mesada pensional iba a ser más favorable sin que tampoco tuviera asesoría del ISS; en 2011 por consulta particular indagó el valor de la mesada pensional en ambos regímenes; solicitó a PORVENIR S.A explicaciones por la deficiente información suministrada sobre las características del régimen, sobre el traslado y copia del formulario de inscripción obteniendo como respuesta que para la fecha en que tenía 46 años de edad aún no habían implementado una estrategia para notificar a los afiliados la posibilidad de trasladarse de régimen, sin que le enviaran el formulario de vinculación; PORVENIR S.A., por petición, elaboró un estudio comparativo entre ambos regímenes en donde hay un detrimento económico de \$2.347.900 en la mesada pensional; y, el 23 de octubre de 2017 petitionó a COLPENSIONES la nulidad del traslado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento, su afiliación, las semanas cotizadas a cada una de ellas y las solicitudes de nulidad junto con sus respuestas y su historial laboral.

COLPENSIONES propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica (fls 72-80)

PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a su cargo, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica (fls 100-118)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de febrero de 2019, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar ineficaz el traslado del régimen efectuado por la demandante a PORVENIR S.A; condenó a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES los aportes que la demandante tenga en su cuenta de ahorro individual, esto es, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y comisiones cobradas con todos los frutos e intereses legales; ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al RPMPD junto con los dineros entregados en los términos expuestos anteriormente; se declaró no probada las excepciones propuestas por las demandadas y se condenó en costas a PORVENIR S.A en favor de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de PROTECCIÓN S.A interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque en su integridad la sentencia, pues considera que las pretensiones y los hechos fácticos de la demanda estaban encaminados a la nulidad de la afiliación y sobre ese parámetro PORVENIR S.A emitió su defensa y no sobre la ineficacia de la afiliación tal y como lo decretó el despacho de primera instancia, por cuanto es muy diferente la nulidad de la afiliación y la ineficacia de ésta, ya que la ineficacia hace referencia al formulario que diligenció la parte actora el cual no fue tachado ni desconocido, además está sobre los lineamientos establecidos en el decreto 692 de 1994 donde refiere que una afiliación sea válida o un traslado tiene que llenarse el formulario de vinculación lo cual es regulado y establecido por la Superintendencia Financiera. Por otro lado, la parte actora no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que cuando se trasladó no tenía ninguna prohibición legal pues no tenía 750 semanas cotizadas y por tanto no son aplicables las sentencias a las que acudió el Despacho, además no probó que se le hubiera informado que iba a tener una pensión superior o diferente que en el RPMPD como tampoco la existencia de los vicios del consentimiento, dándole credibilidad el Juzgado al interrogatorio de la demandante sin haberse probado estas situaciones de engaño; así mismo, debió vincularse a OLD MUTUAL S.A., y estudiarse si la afiliación al RAIS realmente le generaba implicaciones fuertes porque puede ser que no cumpla con los requisitos del RPMPD y ya no se puede retrotraer esa situación, es decir, no se determinó cuál de los dos regímenes le era más conveniente sino que sólo se decretó la ineficacia de la afiliación sin haberse pedido.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal se pronunció COLPENSIONES y PORVENIR S.A solicitando revocar el fallo de primera instancia, insistiendo en que no se observó ningún vicio en el consentimiento, habiendo recibido la actora toda la información necesaria, sin que sea válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en la ley, correspondiéndole demostrar a la demandante sus afirmaciones. Por último, considera que al declarar la ineficacia del traslado afectaría la sostenibilidad financiera del RPMPD. Por otro lado, la parte actora solicita que se confirme el fallo ya que PORVENIR S.A no logro demostrar al momento de la afiliación brindo información clara, cierta, real, suficiente, determinante y oportuna de las características de ambos regímenes por lo que se evidencia una violación al deber de información, además no se puede pretender que la carga de la prueba recaiga sobre el afiliado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si es presupuesto para la declaratoria de la nulidad ser beneficiario de régimen de transición y contar con una expectativa legítima de pensión, **iv)** si PORVENIR S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, **v)** si lo procedente era declarar la ineficacia del traslado y no la nulidad y **vi)** si es necesario establecer la favorabilidad entre uno y otro régimen para la declaratoria de la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes

de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones 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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al

régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

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

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello las administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de

*la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 122 obra la solicitud de vinculación y traslado de Régimen de Prima Media al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A diligenciado el 2 de marzo de 2000 con fecha de efectividad del 1 de mayo de 2000, lo cual se constata igualmente con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS obrante a folio 125, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta; e igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien respecto a las condiciones de tiempo, modo y lugar de su traslado al RAIS manifestó que en el año 2000 se encontraba trabajando en la Universidad Simón Bolívar, donde la invitaron a una reunión colectiva para hablar de un fondo privado el cual era PORVENIR S.A, en esa charla estaban más de 5 personas en un tiempo aproximado de 40 a 45 minutos, fue una presentación general donde surgió la idea de que el ISS iba a quebrar y que la pensión se perdería, por lo que si se trasladaba los beneficios eran que no iba a tener

problemas en el futuro, que podría pensionarse antes y que iba a tener una mejor pensión, de ahí que firmara el formulario de afiliación y traslado a PORVENIR S.A, sin solicitar a los asesores información adicional a la por ellos suministrada, precisando que si le hubieran hecho explicaciones claras sobre la mesa, donde le dijeran que con PORVENIR S.A su pensión quedaría de determinada forma hubiera sido distinto.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando PORVENIR S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LUGARDA ROCIO BALLESTAS BOSSIO asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración; sin que el traslado que hizo a OLD MUTUAL S.A el 28 de abril de 2010 y su retorno a PORVENIR el 22 de marzo de 2013 con fecha de efectividad del 1 de mayo de 2013 genere la consecuencia de validar la afiliación.

Sobre la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, sanee la nulidad de la afiliación inicial, han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor,*

como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”; circunstancia que así vista lleva a desestimar el reproche elevado por la censura respecto a la no comparecencia de OLD MUTUAL S.A. no sólo porque la información cuya omisión da lugar a la nulidad es la que brinda el primer fondo del RAIS al que se afilia la persona, sino también por lo inoportuno de su manifestación, ya que si consideraba necesaria su intervención así ha debido solicitarlo en la etapa procesal correspondiente.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 2 de marzo de 2000 con efectividad a partir del 1 de mayo de 2000 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, sin que en el simple diligenciamiento del formulario de afiliación en el que se encuentra impresas manifestaciones como *“la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones”* u otras leyendas similares resulte suficiente para dar por demostrado el deber de información, sino que a lo sumo, acredita un consentimiento, pero no informado (SL 19447-2017).

En la misma orientación, frente a los reparos que eleva la parte recurrente respecto a los presuntos yerros cometidos en primera instancia al declarar la ineficacia del traslado cuando lo pretendido fue la nulidad, así como al ordenar trasladar los gastos de administración como consecuencia de dicha declaratoria, ha de indicarse que no le asiste razón, en la medida que, para efectos prácticos, las consecuencias de ambas figuras jurídicas son las mismas.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el *sub examine* se considere que la actora sigue siendo afiliada al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil,

Bajo tal entendido, aun cuando en términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993¹, lo propio es tener por ineficaz el traslado de régimen, no se incurre en error cuando se acude a la declaratoria de la nulidad, ya que una y otra aparejan como consecuencia que dentro de los dineros que se ordena devolver, sin lugar equívocos, también se encuentren los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades (rendimientos), por cuanto desde el surgimiento del acto ineficaz, tales recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, como acertadamente lo dispuso la A quo.

Al tema oportuno resulta citar lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4360-2019 del 9 de octubre de 2010, con radicado 68852, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, cuando en lo pertinente señaló:

“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma

*en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una **disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»** (CSJ SC3201-2018).*

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser

¹ “El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto”

posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación sólo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).”

Por lo hasta aquí expuesto se confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas de esta instancia a cargo de PORVENIR S.A dado el resultado del recurso. Las de primera se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 20 de febrero de 2019 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso promovido por LUGARDA ROCIO BALLESTAS en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

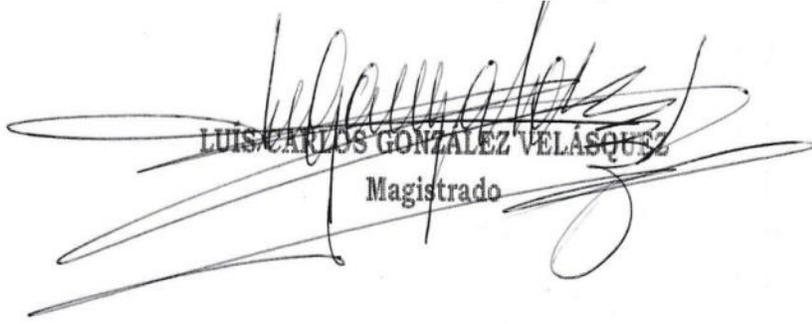
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$908.526.º. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

EN USO DE PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105029201700440-01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EDGAR HERNANDO ADAMES
CORREDOR VS INVERSIONES Y APUESTAS PERMANENTESARTURO
ECHEVERRY H Y CIA S.A.S.**

En Bogotá D.C. a los veintiséis (26) días de marzo de dos mil veintiuno (2021) día previamente señalado para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 23 de julio de 2019, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor EDGAR HERNANDO ADAMES CORREDO por medio de apoderado judicial promovió proceso ordinario laboral de primera instancia contra INVERSIONES Y APUESTAS PERMANENTES ARTURO ECHEVERRY H Y CIA S.A.S., para que previos los trámites que le son

propios a la naturaleza de esta clase de procesos, se profieran a su favor las siguientes pretensiones; que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el día 28 de octubre de 2015 hasta el 31 de agosto de 2016 momento en el cual se dio por terminada la relación laboral por parte de la demandada sin mediar justa causa y sin mediar autorización por parte del Ministerio del Trabajo por lo que carece de eficacia, que al momento del despido gozaba de estabilidad laboral reforzada, que como consecuencia de lo anterior, se condene al pago por parte de la demandada de: *i)* los salarios, prestaciones sociales, pagos seguridad social y demás emolumentos económicos que se causen desde la fecha del despido hasta su efectivo reintegro, *ii)* el pago de \$8.173.602 por concepto de la indemnización contenida en el art. 2 de la Ley 361 de 1997, *iii)* \$664.681,60 por concepto de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el art. 64 del CST y SS, *iv)* el pago de \$552.760 por concepto de ajustes o reliquidación de auxilio de cesantías, *v)* la suma de \$71.566 por concepto de intereses a la cesantías, *vi)* la suma de \$10.596.852 por la indemnización de que trata el art. 65 del CST y SS, *vii)* el pago de indexado de las sumas reconocidas, aquellos derecho que se encuentren probado en *extra y ultra petita* y el pago de las costas y agencias en derecho. (Folios 58-59)

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Informó el demandante en su libelo de demanda visible a folios 56 a 69 de plenario, que ingresó a trabajar al servicio de la encartada a partir del 28 de octubre de 2015 como escolta, prestando sus servicios de manera ininterrumpida hasta el día 31 de agosto de 2016 fecha en la cual fue separado de su cargo sin mediar justa causa, que el último cargo desempeñado por el demandante era de “*oficios varios, como portero, mensajero y conductor*”, que el último salario devengado ascendió a la suma de \$883.071.00 pesos, que al momento de ser liquidado por parte de la demandada, esta no tuvo en cuenta los pagos conceptos horas extras, recargos nocturno, festivos y dominicales laborados, que el demandante desde el año 2004 es portador positivo de VIH, que al momento de ingresar a laborar en la sociedad demandada se realizó examen médico, desde el mes de febrero de 2016 le notificó por escrito a la ex empleadora de su condición pero que la empresa se negó a firmar recibido de la comunicación, que la demandada despidió al demandante desconociendo que gozaba de estabilidad laboral reforzada.

Contestación de la demanda:

La encartada a través de apoderado judicial dio contestación al libelo de demanda, mediante la documental obrante a folios 86 a 107 del plenario,

en la que se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de los hechos solo aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, manifestó, que el contrato de trabajo a término indefinido terminó sin justa causa, por lo que se reconoció la respectiva indemnización por despido sin justa causa, aseguro que no conocía la enfermedad del demandante.

Como medios exceptivos propuso los denominados como: *i)* desconocimiento de la empresa demandada de las circunstancias de salud al momento de terminar el contrato laboral, *ii)* cobro de lo no debido, *iii)* buena fe de la demandada, *iv)* inexistencia de la obligación a cargo de la demandada, *v)* no hay nexo causalidad entre la enfermedad padecida por el empleado y la terminación del vínculo laboral, *vi)* pago, *viii)* no hay lugar al reintegro y *ix)* prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia emitida el día 23 de julio de 2019¹, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el despido dispuesto por la demandada *INVERSIONES Y APUESTAS PERMANENTES ARTURO ECHEVERRY H Y CIA S.A.S.*, frente al trabajador demandante *EDGAR HERNANDO ADAMES CORREDOR* mediante comunicación de fecha 31 de agosto de 2016.

SEGUNDO: ORDENAR a la sociedad demandada *INVERSIONES Y APUESTAS PERMANENTES ARTURO ECHEVERRY H Y CIA S.A.S.*, representada legalmente por *ADRIANA GORDILLO RODRIGUEZ* o por quien haga sus veces a reintegrar al demandante *EDGAR HERNANDO ADAMES CORREDOR* identificado con la C.C. No. 79.519.201 al cargo que desempeñaba al momento del despido ineficaz, o a un cargo con funciones compatibles con su estado de salud, en los términos del art. 36 de la Ley 371 de 1997, así como al pago de los salarios y prestaciones sociales causadas desde la fecha del despido y hasta cuando se produzca el reintegro ordenado en esta sentencia, de conformidad con las expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la referida sociedad demandada, a pagar en favor del demandante la indemnización prevista en la Ley 361 de 1997, en el equivalente a 180 días de salario que corresponde a la suma de \$5.298.426, que se deberá pagar en forma indexada.

¹ Folio 283.

CUARTO: AUTORIZAR a la sociedad demandada a descontar el valor pagado al demandante por indemnización por despido y demás acreencias canceladas con ocasión de la terminación del vínculo laboral, debidamente indexada.

QUINTO: Como consecuencia del reintegro que prosperó ordenar el pago de los aportes a la seguridad social.

SEXTO: ABSOLVER de las demás pretensiones de la demandada de conformidad a la parte motiva de esta sentencia.

SEPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

OCTAVO: CONDENAR en costas a la demandada empleadora, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000."

Como fundamento de la decisión expuso:

Que el demandante al presentar la patología de VIH SIDA, es sujeto de especial protección por su condición lo que de suyo significa que cuenta con una estabilidad laboral reforzada a la voces de la Ley 361 de 1997, así como de la abundante jurisprudencia emitida por la H. Corte Constitucional, por lo que se impone al expleado invocar las causas objetivas para dar por terminada la relación laboral, situación que para el caso en concreto no se presentó, pues el motivo para el fenecimiento del vínculo que ató a las partes obedeció a la decisión unilateral de la demandada.

En consecuencia de lo antes dicho el *A quo* señaló la procedencia del reintegro al puesto de trabajo ocupado por el demandante, ordenando el pago de los salarios, prestaciones y aportes a la seguridad social, desde la fecha del despido hasta el efectivo reintegro, advirtiendo que las sumas deberían ser debidamente indexadas, imponiendo condena por 180 días de salario en virtud de la Ley 361 de 1997, así mismo que al determinarse el reintegro no habría lugar a la imposición de condena frente a las indemnizaciones de los art. 64 y 65 del CST y SS.

Por último, el Juez de instancia frente a las suplicas dirigidas al reconocimiento y pago por trabajo suplementario elevada por el demandante, precisó que al no estar debidamente demostrada la prestación no se podría reconocer.

Del recurso de apelación

Sostuvo la parte recurrente que en la sentencia atacada el juzgador no hizo un estudio de la totalidad del material probatorio obrante dentro del

proceso, así como de las testimoniales recepcionadas, pues de todo el acervo que milita dentro del plenario se puede establecer que la demandada no tuvo conocimiento de las patologías presentadas por el demandante.

Frente a la Ley 361 de 1997, sustento que la finalidad de la norma en mención es la de proteger al trabajador de conductas mediante las cuales se pueda discriminar al trabajador por sus condiciones físicas, sensoriales o psicológicas, pero como quiera que la terminación de la relación laboral se dio por decisión unilateral de la demandada, esta obedeció a un recorte de personal, y no a su enfermedad.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente la apoderada de la parte demandada solicita se revoque el fallo proferido en primera instancia, dado que debe absolverse, dado que siempre se actuó de buena fe, que no era la primera vez que el demandante laboraba para la empresa, nunca pidió permiso para asistir al médico, ni fue hospitalizado, no presentaba enfermedad alguna, su estado físico era bueno, no se conocía por parte del empleador de alguna enfermedad. Por otro lado, la parte demandante guardo silencio.

Dichas así las cosas procede la Sala a resolver la presente controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

En atención al alcance del recurso presentado, se impone la Sala el siguiente problema jurídico: Determinar si efectivamente el demandante señor Edgar Hernando Adames Corredor al momento de su despido gozaba de la estabilidad laboral reforzada al tenor de lo señalado por la Ley 361 de 1997, y en caso de ser así, si le asiste derecho o no al reintegro solicitado junto con el correspondiente pago de los salarios, prestaciones y pagos a seguridad social, desde el momento de su despido hasta la fecha del reintegro efectivo.

En virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

De la estabilidad laboral.

Para resolver el precitado dilema, la Sala considera pertinente responder dos interrogantes: a quién va dirigida la protección a la estabilidad laboral reforzada prevista en el citado art. 26 y cuál es la justificación de la protección a la estabilidad laboral contenida en dicho precepto.

a) Quiénes son los sujetos de protección de la estabilidad laboral regulada en el art. 26² de la Ley 361 de 1997:

Para absolver esta pregunta, la Sala se remite a lo que ya tiene definido de forma pacífica sobre el punto, no sin antes traer el artículo 261 de la Ley 361 de 1997, a saber:

“ARTÍCULO 26. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha [discapacidad] sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona [en situación de discapacidad] podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su [discapacidad], salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo³

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su [discapacidad], sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren⁴.”

² Este artículo fue modificado por el artículo 137 del D. 19 de 2012, mediante el cual se le agregó este inciso: “Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato. Siempre se garantizará el derecho al debido proceso”. Inexequible, sentencia CC C744-2012.

³ Aparte subrayado declarado exequible en sentencia C-531 de 2000.

⁴ Este inciso fue declarado exequible en la sentencia C-531 de 2000, “...bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts.47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato”.

La hermenéutica del precitado abarca la finalidad del Legislador con la expedición de la Ley 361 de 1997, la que se refleja en el mismo título de la ley: *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas y se dictan otras disposiciones”* y a los principios que orientan dicha regulación contenidos en los artículos 1 al 5 que a su vez remiten a normas internacionales de derechos humanos.

La Sala tiene explicado pacíficamente que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, tiene como objeto fundamental el proteger a las personas *“en condición de discapacidad”*, es decir que *“solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa”*, pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017).

Al respecto, es pertinente reiterar lo adoctrinado por la H. CSJ en Sala Laboral, CSJ SL 17945-2017, donde destacó lo señalado en la sentencia CSJ SL, 39207, 28 de ago. 2012, reiterada en las decisiones SL14134-2015, SL10538-2016 y CSJ SL5163-2017, en la que fijó el alcance de la protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, expresando:

“[...] esta Sala reitera su posición contenida en la sentencia 32532 de 2008, consistente en que no cualquier discapacidad está cobijada por el manto de la estabilidad reforzada previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; dicha acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sea excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, las discapacidades leves que podría padecer un buen número de la población no son las que ha sido objeto de discriminación. Por esta razón, considera la Sala que el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5° reglamentado por el artículo 7° del D. 2463 de 2001), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, en principio, a quienes clasifiquen en dichos niveles; de no haberse fijado, por el legislador, este tope inicial, se llegaría al extremo de reconocer la estabilidad reforzada de manera general y no como excepción, dado que bastaría la pérdida de la capacidad en un 1% para tener derecho al reintegro por haber sido despedido, sin la autorización del ministerio del ramo respectivo. De esta manera, desaparecería la facultad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente, lo que no es el objetivo de la norma en comento. Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una

discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad. Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. [...]”

b) Justificación de la medida de estabilidad laboral reforzada del art. 26 de la Ley 361 de 1997.

La garantía a la estabilidad laboral contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, tiene el propósito de brindar protección contra la discriminación en el trabajo (entendida esta como lo prevé el C-111 de la OIT y los artículos 7 al 14 de la R-169 que es complementaria o reglamentaria.).

Con este propósito, la estabilidad laboral reforzada sirve de medio idóneo y necesario para la materialización de la readaptación profesional y en el empleo de las personas con una discapacidad relevante en el trabajo, cuyo fundamento específico internacional, para el mundo del trabajo, se encuentra en el C-159 y las recomendaciones 99 y 168 de la OIT. Tales fines son promovidos por los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos de orden universal y americano vinculantes para Colombia con la ratificación (en virtud de lo previsto en los artículos 53, 93 y demás preceptos de la Constitución que sustentan el concepto de bloque de constitucionalidad), y pregonan y garantizan la inclusión social de las personas en condiciones de “discapacidad” o “invalidez”, términos empleados por esos instrumentos internacionales. Por no discriminación en el trabajo de las personas en estado de discapacidad relevante se ha de entender que ellos deben disfrutar de igualdad de trato y oportunidades en cuanto al acceso, la conservación y la promoción en un empleo que, siempre que sea posible, corresponda a su elección y a sus aptitudes individuales.

Así las cosas, es innegable que el señor Edgar Hernando Adame Corredor al momento de su desvinculación laboral, padecía una enfermedad catastrófica⁵ como lo es el VIH SIDA⁶, situación que se corrobora con los

⁵ Ley 972 de 2005. por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida.

⁶ https://www.who.int/topics/hiv_aids/es/ - El virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) infecta a las células del sistema inmunitario, alterando o anulando su función. La infección produce un deterioro progresivo del sistema inmunitario, con la consiguiente "inmunodeficiencia". Se considera que el sistema inmunitario es deficiente cuando deja de poder cumplir su función de lucha contra las infecciones y enfermedades. El síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) es un término que se aplica a los estadios más avanzados de la infección por VIH y se define por la presencia de alguna de las más de 20 infecciones oportunistas o de cánceres relacionados con el VIH.

exámenes médicos que se le practicaron y su historia clínica obrante a folios 42 a 55 del plenario, lo que de suyo implica que gozaba de estabilidad laboral reforzada, toda vez que se trata de una enfermedad que, por una parte, pone a quienes la padecen en la mira de la sociedad, exponiéndolos a discriminación a partir de los prejuicios existentes alrededor de este padecimiento y, por otra parte, implica un estado permanente de deterioro médico, de tal forma que son merecedores de un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. Motivo por el cual, se le impone al empleador que requiera dar por terminada una relación laboral con una persona beneficiaria de este fuero, la configuración de un hecho objetivo que demuestre que el despido no está relacionado con la discapacidad y, además, de la autorización de la autoridad de trabajo correspondiente.

En ese orden de ideas, es claro para la Sala que en el caso *sub judice* el empleador a través de comunicación dirigida al demandante, de calenda 31 de agosto de 2016, ref. “Terminación Unilateral del Contrato de Trabajo” visible a folio 12 del informativo, no invocó ninguna de las causales contenidas en el art. 62 del CST y SS⁷, pues en la citada comunicación indicó:

*“Nos permitimos infórmale, que la Empresa ha decidió dar por terminado su Contrato de Trabajo a término indefinido, el cual inicio el veintiocho (28) de octubre de 2015, en forma **unilateral y sin justa causa, según el artículo 64 del CST modificado por la Ley 789/2002**. Esta terminación se hace efectiva a la finalización de la jornada de trabajo, y en nuestro departamento de tesorería le serán cancelados las prestaciones y demás derechos a su favor.” (Negrilla por fuera del texto original).*

Situación que nos permite arribar a la indefectible conclusión que la demandada omitió *i)* la invocación de una justa causal para dar por terminada la relación laboral sostenida con el demandante, y *ii)* no contó con la autorización exigida para este tipo de situaciones, razones por las cuales es viable el reintegro concedido por el *A quo*, por lo que se confirmará la sentencia apelada.

Por otro lado, cabe anotar, que, si bien aduce la recurrente que no es dable entender al demandante como un sujeto de especial protección, merecedor de la estabilidad laboral reforzada, ya que, él mismo no informó a su empleador de la enfermedad que padecía, esta Sala de decisión considera que no son de recibo dichas razones, pues cabe recordar que, lo normado en el Decreto 1543 de 1997, el cual reglamentó el manejo de la infección

El VIH puede transmitirse por las relaciones sexuales vaginales, anales u orales con una persona infectada, la transfusión de sangre contaminada o el uso compartido de agujas, jeringuillas u otros instrumentos punzantes. Asimismo, puede transmitirse de la madre al hijo durante el embarazo, el parto y la lactancia.

⁷ modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965.

por el Virus de Inmunodeficiencia Humana, el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida y las otras enfermedades de transmisión sexual, disponiendo en artículo 35 que “*los servidores públicos y trabajadores privados no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH)*”.

De la norma traída a colación, se puede establecer que, a parte de la salvaguarda en torno al campo profesional y laboral, de aquellas personas que portan dicha enfermedad también obedece a la protección del derecho a la intimidad, la cual fue ratificada en el Decreto 780 de 2016⁸, en el cual se señala que los trabajadores no están obligados a informar a sus empleadores de su afectación, toda vez que de imponerse como requisito para acceder al mundo laboral o a algún cargo en concreto, va en contravía de los principios constitucionales entre ellos el consagrado en el artículo 15 de la Constitución⁹, derecho fundamental a la intimidad personal.

Sobre el puntual, y en atención a la naturaleza de la enfermedad no hay lugar a dudas, que la situación de las personas afectadas por VIH-SIDA es particularmente especial por dos razones; en primer lugar, por la progresividad y el nivel de afectación que tiene esta enfermedad en la salud y calidad de vida de quien la padece, y, en segundo lugar, por la capacidad de que esta enfermedad genere un rechazo a nivel social.

Esta protección del derecho a la intimidad ha sido reconocida en distintas y abundantes jurisprudencias de la H. Corte Constitucional, quien en sentencia T- 340 de 2017 recoge las reglas jurisprudenciales relacionadas con el deber de informar al empleador sobre la presencia de enfermedades y condiciones de discapacidad, fijando entre otras las siguientes:

“i) La solicitud de información sobre ciertas enfermedades o condiciones de discapacidad, constituye una práctica ilegítima que

⁸Artículo 2.8.1.5.6. Situación laboral. Los servidores públicos y trabajadores privados no están obligados a informar a sus empleadores su condición de infectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH). En todo caso se garantizarán los derechos de los trabajadores de acuerdo con las disposiciones legales de carácter laboral correspondientes. || Parágrafo 1°. Quienes decidan voluntariamente comunicar su estado de infección a su empleador, este deberá brindar las oportunidades y garantías laborales de acuerdo a su capacidad para reubicarlos en caso de ser necesario, conservando su condición laboral. || Parágrafo 2°. El hecho de que una persona esté infectada con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) o haya desarrollado alguna enfermedad asociada al Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), no será causal de despido sin perjuicio de que conforme al vínculo laboral, se apliquen las disposiciones respectivas relacionadas al reconocimiento de la pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral”.

⁹ “protege una ‘esfera o espacio de vida privada’ en la cual se inscribe aquello que ‘incumbe solamente al individuo’, es decir, ‘aquellas conductas o actitudes que corresponden al fuero personal’ y en las cuales ‘la sociedad, de manera general, sólo tiene un interés secundario’[65]”. [66] Al respecto, se ha señalado que “el concepto de privacidad o de lo privado, corresponde a los asuntos que en principio tocan exclusivamente con los intereses propios y específicos de la persona humana, sin que afecten o se refieran a los demás miembros de la colectividad; (...) a contrario sensu, si alguna materia es considerada por el derecho de importancia o relevancia pública, su naturaleza se transforma de un asunto íntimo a una cuestión socialmente catalogada como común o general” – Sentencia T 426 de 2017.

vulnera, entre otros, los derechos a la no discriminación y a la intimidad.

ii) No constituye justa causa de despido el no haber suministrado información al empleador sobre la presencia de enfermedades y condiciones de discapacidad. El despido solo será justificado si se ha demostrado que la enfermedad y/o condición de discapacidad sobre la cual se ocultó información resulta incompatible con el cargo que se va a desempeñar.

iii) En la medida en que el reconocimiento de una pensión de invalidez supone la presencia de una situación de discapacidad, el aspirante tampoco está obligado a informar sobre dicha situación al empleador.

iv) La carga de determinar si el empleo resulta incompatible con la enfermedad o condición de discapacidad que se presenta, no puede recaer en el trabajador. Por esa razón, resulta fundamental que en aquellos casos en los cuales la empresa considera que la presencia de alguna enfermedad y/o situación de discapacidad es incompatible con el cargo que se pretende desempeñar, debe fundamentar y consignar por escrito este hecho, y comunicárselo en igual forma a los aspirantes, quienes, en tales condiciones, inmediatamente tienen la obligación de manifestar si se encuentran o no en la circunstancia descrita.

v) En una entrevista de trabajo, las preguntas encaminadas a obtener información relevante, deben enfocarse en las necesidades del cargo a desempeñar. En esa medida, las preguntas que no guardan relación alguna con el cargo, se interpretan como posibles indicios de discriminación laboral, y en todo caso, no obligan al aspirante o trabajador a responderlas. De igual manera, el examen médico que se realice debe ser consistente con las necesidades de la profesión u oficio que habrá de desempeñar el trabajador.

vi) Si el empleador conoce de la enfermedad y/o situación de discapacidad durante el desarrollo de la relación laboral, y considera que configura una incompatibilidad con la labor que el empleado lleva a cabo, debe adelantar el trámite correspondiente ante el inspector de trabajo, quien podrá autorizar el despido del trabajador si se demuestra que la enfermedad y/o situación de discapacidad claramente es incompatible e insuperable con el cargo a desempeñar.”

De conformidad con lo expuesto, el derecho a la intimidad de las personas que padecen VIH, ha sido objeto de especial protección legal y jurisprudencialmente, razón por la que el trabajador que sea portador del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) no está obligado a notificar este hecho a su empleador ni al inicio de la relación laboral, ni durante el transcurso o ejecución de sus labores y en caso de hacerlo, tal situación no faculta al empleador a dar por terminado el vínculo laboral. Esta

protección, se ha extendido a aquellas personas en condición de debilidad manifiesta como consecuencia de algunas enfermedades que puedan afectar el desarrollo normal de sus actividades laborales o sean incompatibles con los cargos a desempeñar.

Por lo anterior, debe confirmarse la sentencia proferida el 23 de julio de 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito Judicial de Bogotá. Costas de esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$100.000.00 pesos, se confirman las de primera instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

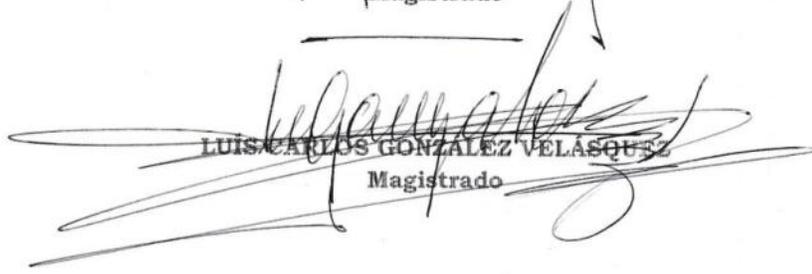
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de julio de 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario instaurado por **EDGAR HERNANDO ADAMES CORREDOR** en contra de **INVERSIONES Y APUESTAS PERMANENTES ARTURO ECHEVERRY H Y CIA SAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$100.000.00 pesos, se confirman las de primera instancia, dadas las resultas del proceso.

Notifíquese y cúmplase,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105021201400381-01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JUAN CARLOS HERRERA MEJIA
EN CONTRA DE TEXTILES MIRATEX S.A.S. y ARP COLPATRIA
SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S.A.**

En Bogotá D.C. a los 29 de enero de 2021, fecha previamente señalada para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra de la sentencia proferida el 9 de agosto de 2018, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor Juan Carlos Herrera Mejía mediante apoderado judicial presentó demanda laboral en contra de las sociedades Textiles Miratex S.A.S., y la ARP COLAPTRIA SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S.A., para que a través de los tramites propios del proceso ordinario laboral de primera instancia se concedieran en su favor las siguientes pretensiones (fls.125 a 128): *i)* se declare la existencia de un contrato de trabajo término indefinido entre él y Textiles Miratex S.A.S., desde el 1 de julio de 1998 hasta el 13 de mayo de 2011 fecha en la cual fue despedido sin mediar justa causa, *ii)* que por ocasión del trabajo adquirió una enfermedad de origen laboral, *iii)* que se declare la ineficacia de su despido por encontrarse el demandante en trámite de calificación, *iv)* que se declare a la demandada Textiles Miratex S.A.S., responsable a título de Culpa Patronal por la pérdida de capacidad

laboral de la que padece, *v*) que se declare que la ARP COLPATRIA se negó a valorar la pérdida de la capacidad laboral que padece.

Que en consecuencia de las anteriores declaraciones se profieran las siguientes condenas: *i*) el reintegro del trabajador en virtud de la protección de la estabilidad laboral reforzada como producto de la enfermedad de origen laboral que padece, *ii*) el pago de los salarios, primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, indemnización moratoria por la consignación de cesantías a un fondo y vacaciones, dejados de percibir desde el día 13 de mayo de 2011 hasta la fecha de su reintegro efectivo, *iii*) el pago de los perjuicios materiales en lo correspondiente al daño emergente y lucro cesante, consolidado y futuro por la discapacidad que padece que en todo caso no debe ser inferior a \$100.000.000, *iv*) pago de los perjuicios morales correspondiente a daños morales objetivados y subjetivados y los perjuicios a la vida relación, tanto para él como para su familia, *v*) Se condene a las demandadas Textiles Miratex S.A.S., y ARL COLPATRIA a pagar al demandante la indemnización equivalente al porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral que determine la Junta Nacional de Calificación de Invalidez si esta fuere superior al 50%, *vi*) el pago de las costas y agencias en derecho, *vii*) la indemnización por 180 días de salario de que trata la Ley 361 de 1997, *viii*) la indexación de todas y cada una de las sumas reconocidas.

Como pretensiones subsidiarias solicitó el pago de la indemnización por el despido sin justa y la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST y SS.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo que, en síntesis, son los siguientes:

Que el día 1 de julio de 1998 la sociedad Textiles Miratex S.A.S., contrató al demandante a través de un contrato a término indefinido para el cargo de Mecánico pactando un salario por \$966.000, que las funciones desempeñadas por el demandante eran: cambiar condone de maquina cuando es requerido, organizar y vigilar lo que respecto al área de producción y mantenimiento e inspeccionar el trabajo de los operarios, que la fuerza superior que realizaba el demandante sobre el cambio de las condiciones de la maquina le ocasionó la pérdida de la capacidad laboral que hoy padece, que el día 11 de octubre de 2003 mientras cumplía sus funciones el demandante sintió una molestia en su columna razón por la cual al día siguiente “12 de octubre de 2004” asistió a urgencias asistencia que se repitió el día 15 de octubre de 2005 donde se le entregó incapacidad por el tres días, que mediante resonancia magnética practicada el día 8 de noviembre de 2003 la cual concluyó “Discopatía lumbar múltiple”, que el día 2 de noviembre de 2004 el área de riesgos profesionales de Café Salud lo evaluó en la cual se le diagnosticó “Hernia Discal L4 – L5” recomendando reubicación y restricción laboral en un puesto con las

siguientes características; manejo y transporte de cargas superiores a 5 Kg, flexo extensión y rotación de columna, evitar labores que impliquen permanencia en posiciones fijas por largo tiempo, que el día 2 de noviembre de 2004 Café Salud a través de su área de Riesgos Laborales emitió un concepto de origen y refirió reubicación laboral, que mediante carta del 2 de diciembre de 2005 la EPS solicitó a la demandada Textiles Miratex documentación para efectuar la calificación del demandante los cuales no fueron aportados, que de conformidad a la historia clínica del 18 de noviembre de 2018 al demandante no se realizó cirugía correctiva “a nivel L4 y L5 por hernias discales en 2004”, que en marzo de 2006 se le encontró “hernia discal L3 – L4” obstruida y migrada caudalmente que comprime el saco dural y la raíz L4 izquierda Laminectomía L4-L5-L5-S1 hernia discal que comprime raíz izquierda S1, que el 17 de mayo de 2011 en la historia clínica del demandante se aprecia “hernia discal nivel L5 y L6”, que el día 10 de junio de 2011 solicita la EPS valoración por neurología presentando dolor en rodilla derecha con signos de lesión meniscal solicitando control, que en vista de los padecimientos presentados por el demandante fue remitido al área de urología por la falta de su deseo sexual debido a las múltiples hernias discales adquiridas en el servicio a su ex empleada, que mediante derecho de petición elevado el día 25 de julio de 2011 solicitó valoración de pérdida de la capacidad laboral ante la ARL COLPATRIA quien el día 27 de junio de 2011 se negó a dicha valoración, que en virtud de la omisión le corresponde a la ARL COLPATRIA debe asumir el pago de la indemnización por la pérdida de la capacidad laboral del demandante, mediante comunicación calendada el día 16 de junio de 2011 el demandante le solicitó a su ex empleador exámenes de egreso por la terminación del contrato a lo cual se negó, que la demandada el día 13 de mayo de 2011 despidió al demandante en forma ilegal y sin justa causa, que las razones alegadas por la sociedad para despedir al señor Herrera Mejía fueron; *“por haber permanecido dormido en horas de trabajo entre las 2:40 a.m., y las 3:20 a.m., el día 9 de mayo de 2011, por proporcionar mal trato al personal y acoso laboral”*, que la demandada no citó en comité de convivencia laboral sobre el presunto y mal calificado acoso laboral.

Señaló el demandante que la demandada Textiles Miratex incurrió en las siguientes omisiones; no suministró las medidas de seguridad industrial para la ejecución de su laborales consistentes en elementos de protección y capacitaciones en seguridad industrial, que la empresa demandada nunca crearon e inscribieron un comité paritario de salud ante el Ministerio de la Protección Social, no tenían reglamento de higiene y seguridad industrial aplicado y que nunca tuvieron un plan para el manejo de emergencias. (Folios 128-133)

Del trámite procesal.

Una vez realizadas las notificaciones¹, las demandadas ARL COLPATRIA SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S.A., en folios 162 a 173 y TEXTILES MIRATEX S.A.S., folios 186 a 241, presentaron sus respectivos escritos de contestación de demanda los cuales fueron admitidos previa subsanación de ambos documentos, el 21 de septiembre de 2015.

Contestación de la demanda:

La demandada ARL COLPATRIA SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S.A., median escrito de contestación de demanda y posterior subsanación visibles a folios 162 a 173 y 402 a 421 respectivamente, dio contestación al escrito la demanda, oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, proponiendo como medios exceptivos los denominados como: *i)* AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. – ARL – no se negó a efectuar valoración al señor Juan Carlos Herrera Mejía, *ii)* No existe para AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. – ARL – ninguna obligación a favor del demandante, *iii)* Las ARL no responden solidariamente por obligaciones del empleador, no cubren responsabilidad civil o culpa patronal, *iv)* Cuando el señor Juan Carlos Herrera Mejía se dirigió a COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. – ARL – ya no era trabajador de Textiles Miratex S.A.S., *v)* COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. – ARL – no incurrió en omisión alguna, y *vi)* genérica.

Por su parte la encartada Textiles Miratex S.A.S., en escrito de contestación de demanda y subsanación visibles a folios 186 a 241 y 379 a 401, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra, indicó que de manera íntegra, total y oportuna cumplió con todas las obligaciones prestacionales, que se acataron las recomendaciones médicas, que se capacito al demandante en lo relacionado con el manejo de maquinaria y se le entregaron los elementos de protección, que el demandante no se encontraba limitado físicamente en el momento de la terminación del contrato de trabajo, que no es beneficiario de un estado de debilidad manifiesta, que su contrato de trabajo termino por justa causa legal. Propuso las siguientes excepciones: *i)* Cobro de lo no debido, *ii)* Inexistencia de las obligaciones pretendidas, *iii)* Ausencia de título y causa en las pretensiones del demandante, *iv)* Ausencia de obligación en la demandada, *v)* Ausencia de moratoria por parte del empleador, *vi)* Buena fe, y *vii)* Prescripción.

¹ Notificación Personal a ARP COLPATRIA SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S.A., del día 9 de abril de 2015 visible a folio 161.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia emitida el día 9 de agosto de 2019, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JUAN CARLOS HERRERA MEJÍA y la empresa **TEXTILES MIRATEX S.A.S.**, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de julio de 1998 hasta el 11 de mayo de 2011, en virtud de la sustitución patronal que ha sido anotada en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la empresa **TEXTILES MIRATEX S.A.S.**, a pagar al demandante señor **JUAN CARLOS HERRERA MEJÍA** la indemnización por despido sin justa causa de que trata el art. 64 del CST, por la suma de \$8.609.039,40.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por **TEXTILES MIRATEX S.A.S.**

CUARTO: DECLARAR probada de oficio la excepción de **INEXISTENCIA DE LA INEFICACIA DEL DESPIDO.**

QUINTO: ABSOLVER a la sociedad **TEXTILES MIRATEX S.A.S.**, de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expresado.

SEXTO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION propuesta por **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, y que denominó **“No existe para AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. – ARL – ninguna obligación a favor del demandante”** conforme a lo motivado.

SEPTIMO: ABSOLVER a la sociedad **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

OCTAVO: CONDENAR en costas a la demandada en la suma de \$400.000 como agencias en derecho, sin costas frente a **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**.”

Como fundamentos jurídicos de su decisión el A quo esgrimió:

Que se dio por demostrada la relación laboral entre el demandante señor Juan Carlos Herrera Mejía y la empresa Textiles Miratex S.A.S., como da fe el certificado expedido por la sociedad visible a folio 360 del plenario, sobre la ineficacia del despido indicó dentro del plenario, *no obra prueba que dé cuenta del grado de incapacidad presentado por el demandante ni mucho menos la fecha de su estructuración*², como tampoco que estuviera en terapias de recuperación o tratamiento médico al momento o cerca de la

² Audiencia art. 80 CPT y SS, CD Medio Magnético folio 559, <<14':14">>

fecha de su despido, y que si bien es cierto el demandante presentaba una patología durante el transcurso de la relación laboral, por ese simple hecho no se puede arribar a la conclusión que era merecedor de la protección especial deprecada, máxime cuando de la calificación realizada por la Junta Regional de Calificación se indica que si bien presenta una pérdida de capacidad del 19.20%, de origen común y con fecha de la estructuración del 4 de mayo de 2016, fecha posterior a la de su despido, por lo que tampoco habría lugar al estudio de la culpa patronal, *por no existir nexo causal entre la patología y los factores de riesgo a los que estuvo expuesto el trabajador*³, por lo que las solicitudes referentes al pago de perjuicios materiales, morales y vida relación de su núcleo familiar, pago equivalente al porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, correrán la misma suerte por ser solicitadas con base a la discapacidad que padece el demandante, por no acreditarse la misma.

Respecto a la indemnización por despido sin justa causa señalo la instancia que las conductas imputadas como la de quedarse dormido en el trabajo no constituye un falta grave que por sí sola sea capaz de generar una justa causa para separarlo del cargo, y de los malos tratos que según la empresa recibió quejas por parte de demás trabajadores respecto al demandante, las mismas no se pusieron en su conocimiento al momento de efectuar el despido por lo que accedió a dicha pretensión, y si bien es cierto reposa en el expediente un memorando por un altercado que se presentó entre el demandante y otro trabajador, también es cierto que esta situación no le fue presentada al demandante al momento de dar por terminado el vínculo laboral más aun cuando la situación allí consignada data del 20 de mayo de 2010, es decir, un año anterior a la fecha del despido.

Del recurso de apelación

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación⁴ indicando que en el análisis realizado por el Juzgado con base a la aplicación del Decreto 2463 de 2001 y las distintas jurisprudencias de la Sala Laboral de la CSJ, no son de recibo ya que en la actualidad a través del Decreto 1352 de 2013 y el criterio establecido por la H. Corte Constitucional no se exige que el trabajador demuestre un porcentaje del 15% de la pérdida de su capacidad laboral independientemente de que el *proceso para la calificación este en curso o no este calificado o incluso simplemente si está establecida da lugar a la protección deprecada*⁵, de allí que todos los jueces brinden dicha protección en vía de tutela la situación de discapacidad.

Manifestó también el apoderado que desde el 2005 el demandante presentaba “hernias discales” de las cuales nunca se curó, ya que no se

³ Audiencia art. 80 CPT y SS, CD Medio Magnético folio 559, <<20':44">>

⁴ Audiencia art. 80 CPT y SS, CD Medio Magnético folio 559, <<33':15">>

⁵ Audiencia art. 80 CPT y SS, CD Medio Magnético folio 559, <<35':20">>

operó, y que generaron unas recomendaciones laborales, lo que lo hacía sujeto de una protección laboral reforzada, que, si bien no contaba con una calificación, pero si con una condición real y material por tener 3 hernias lumbares.

Menciona también que al demandante nunca se le aplicaron las recomendaciones laborales emitidas, tanto es así que el representante legal de la empresa demandada acepta que nunca aplicó las mismas.

Respecto al origen de la patología arguyó que si bien el origen es común y existe una fecha de estructuración, lo que ha dicho la línea jurisprudencial de la corte vigente, es que lo único que ata al juez es la calificación del porcentaje, pero en cuanto al origen y la fecha de la estructuración, los hechos y las pruebas del expediente pueden dar cuenta de una circunstancias diferentes, como lo son unas hernias discales que datan desde el 2005 y que en el 2011 un estaban vigentes, generando así un nexo de causalidad.

Por su parte el apoderado de la demandada Textiles Miratex S.A.S., expuso que al tenor de las sentencias de la Sala Laboral de la CSJ, radicados 1078 de 2018 y 670 de la misma anualidad, siempre que medie una justa causa para dar por terminada la relación laboral, no hay lugar a celebrar audiencia de descargos por parte del empleador, y si bien la misma se celebró se realizó con el fin de brindarle al demandante la posibilidad de escucharlo, de los motivos a los cuales obedeció su despido señaló que las partes lo conocían el haberse quedado dormido y los malos tratos hacia sus subalternos tal y como lo confeso en el interrogatorio de partes.

Por último, señaló que el hecho de quedarse dormido es un hecho grave frente a su responsabilidad como supervisor de los demás operadores pues dada la naturaleza de las operaciones que se desarrollaban en la empresa, donde se manejaban maquinas industrial para desarrollar tejidos, no podría decirse que, al no generarse una consecuencia grave, se podría entender el mismo como una justa causa para dar por terminada la relación laboral.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente la parte demandada solicito se revoque parcialmente la sentencia proferida en primera instancia y en consecuencia se absuelva del pago de la indemnización por despido sin justa causa, así como de todas las pretensiones incoadas en su contra, para lo cual expreso; *“De igual forma pongo de presente que la terminación del contrato de trabajo en todo caso obedeció a una facultad de orden legal de mi representada, la cual se encuentra libre de vicios ante la omisión del ex trabajador de haber notificado a su empleador respecto de su supuesto estado de salud. Mi representada siempre actuó para con el demandante con la más absoluta y cristalina buena fe, y cumplió íntegra y oportunamente*

todas las obligaciones que se derivaron de la relación que vinculó a las partes.”. De otro lado, la parte demandante guardo silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

En la forma en cómo se presentaron los recursos de apelación por la parte demandante y la demandada Textiles Miratex S.A.S, los problemas jurídicos a resolver dentro del presente asunto se circunscribe a; *i)* determinar si el demandante señor Juan Carlos Herrera Mejía al momento de ser separado de su cargo era sujeto de especial protección en los términos de la Ley 361 de 1997, y por ende gozaba de la protección especial de estabilidad reforzada lo que significaría que el despido del cual fue objeto sería ineficaz, y por consiguientes tendría derecho al reintegro a su sitio de trabajo, accediendo al pago de los salarios, la indemnización de que trata el art. 26 de la Ley 361 de 1997 ya que al momento del despido era una persona con discapacidad, primas de servicios, vacaciones, cesantías, intereses a la cesantías, indemnización moratoria por la no consignación de cesantías al fondo y vacaciones, todo esto a partir del día 13 de mayo de 2011 momento en el cual se realizó el despido. *ii)* Por último y atención a los argumentos esgrimidos por el apoderado de la encartada Textiles Miratex S.A.S., si efectivamente al momento del despido del trabajador medio justa causa para efectuar el mismo absolviéndose del pago de la indemnización por despido sin justa causa.

DEL VINCULO LABORAL Y EXTREMOS TEMPORALES.

Basta con una mirada rápido de las documentales obrantes dentro del proceso para establecer que el señor Herrera Mejía prestó sus servicios en favor de la demandada Textiles Miratex S.A.S., a partir del 1° de julio de 1998, en virtud de una sustitución patronal realizada el día 1° de julio de 2002 (fl.72), tal y como se desprende del contrato individual de trabajo a término indefinido visible a folio del expediente, situación que se corrobora a través del certificado laboral obrante a folio 74, en cual se indica: “Que el señor Juan Carlos herrera Mejía, identificado con la cedula de ciudadanía número 70.568.031 de Envigado Ant., labora en esta empresa desde el día 1 de julio de 1998, con un contrato a término indefinido, desempeñando el cargo MECANICO SUPERVISOR y devenga un salario mensual de OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL PESOS M/CTE (\$851.000,00)”.

Así mismo a folios 77 del plenario liquidación de final de contrato de trabajo practicada al demandante y a folios 78 y 79, comunicación de la

empresa con destino al demandante informándole la decisión de la sociedad de dar por terminado el vínculo laboral que sostenían, en todo en ambas documentales se puede establecer que la fecha en la que feneció la relación data del 13 de mayo de 2011, situaciones que por demás fueron aceptadas en el escrito de demanda y el interrogatorio de partes realizados a la representante legal de la ex empleadora.

DE LA INEFICACIA DEL DESPIDO

Como quiera que la parte demandante centró su recurso de apelación indicando que el demandante si gozaba de la protección de estabilidad reforzada por la las patologías que presentaba al momento del despido, sobre el puntual cabe señalar que el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia fija en cabeza del Estado el deber de promover *“las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados”* a la par de proteger especialmente *“a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”*. Por su parte, el artículo 47 *ibidem* le ordena adelantar *“una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”* y el 54 le impone el deber de *“garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”*.

En atención a estos principios superiores se han proferido normas que buscan darle desarrollo a esta temática, como lo son la Ley 361 de 1997 y la Ley 1618 de 2013, a través de las cuales se establecen reglas, medidas de inclusión, acciones afirmativas y ajustes institucionales encaminados a garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad.

Sobre el particular, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prescribe:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo

del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Por su parte, el art. 7° del Decreto 2463 de 2001, indica:

“ARTÍCULO 7o. GRADO DE SEVERIDAD DE LA LIMITACIÓN. En los términos del artículo 5o. de la Ley 361 de 1997, las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado, deberán clasificar el grado de severidad de la limitación, así: Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad laboral; limitación severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%.”

Por su parte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en sentencia del 15 de julio de 2008 (Radicado 32532) sostuvo:

“Es claro entonces que la precitada Ley se ocupa esencialmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. (..) Ahora, como la ley examinada no determina los extremos en que se encuentra la limitación moderada, debe recurrirse al Decreto 2463 de 2001 que sí lo hace, aclarando que en su artículo 1° de manera expresa indica que su aplicación comprende, entre otras, a las personas con derecho a las prestaciones y beneficios contemplados en las Leyes 21 de 1982, 100 de 1993, 361 de 1997 y 418 de 1997. Luego, el contenido de este Decreto en lo que tiene que ver con la citada Ley 361, es norma expresa en aquellos asuntos de que se ocupa y por tal razón no es dable acudir a preceptos que regulan de manera concreta otras materias.

Pues bien, el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; define que la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%. [...] Surge de lo expuesto que la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada”.

Posición que ha sido reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 25 de marzo de 2009 (Radicado 35606)⁶, del 3 de noviembre de 2010 (Radicado 38992)⁷ y del 28 de agosto de 2012 (Radicado 39207)⁸.

Para resolver, es del caso recordar que la H. Corte de Suprema de Justicia en su Sala Laboral, ha señalado, la libertad probatoria con la que cuentan las partes para determinar el grado de pérdida de capacidad laboral que da lugar a la protección bajo estudio (CSJ SL10538-2016). Sin embargo, también ha insistido en que *“lo importante para que opere la estabilidad reforzada en favor de dichos trabajadores, es que se pueda demostrar esa situación de discapacidad en un grado significativo”* (CSJ SL5181-2019).

En esa misma línea, ha de señalarse que *“no cualquier quebranto de salud del trabajador o el simple hecho de encontrarse en incapacidad médica lo hace merecedor de la garantía a la estabilidad laboral prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997”* (CSJ SL2797-2020). Lo esencial, entonces, es que exista *“una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad laboral”* (ibídem).

Y al referirse al alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, explicó que:

“[...] no cualquier discapacidad está cobijada por el manto de la estabilidad reforzada previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; dicha acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sean excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, las discapacidades leves que podría padecer un buen número de la

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15 de julio de 2008. Radicado 35606. (MP. Isaura Vargas Díaz). En esa ocasión la demanda que originó el proceso buscaba, primero, la declaratoria de que al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encontraba en situación de discapacidad y, segundo, que por desvincularlo de modo irregular, la demandada fuera condenada a reconocerle y pagarle la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. La Corte consideró que no había lugar a conceder la protección de la Ley 361 de 1997, porque al terminarse el vínculo el empleador no sabía si la limitación del empleado era severa o profunda.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 3 de noviembre de 2010. Radicado 38992. (MP. Camilo Tarquino Gallego). En esa oportunidad se estudiaba el caso de una persona que fue desvinculada de su trabajo cuando sufría los efectos de un problema de salud que le ocasionaba una pérdida de capacidad laboral del 21.55%, sin autorización de la autoridad del trabajo. La Corte Suprema reiteró que la Ley 361 de 1997 no protegía cualquier clase de disminución, y aunque en ese caso era moderada, encontró que la terminación del contrato se dio por haber superado el actor 180 días de incapacidad.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 28 de agosto de 2012. Radicado 39207. (MP. Jorge Mauricio Burgos Ruíz). En este fallo se sostuvo: *“esta Sala reitera su posición contenida en la sentencia 32532 de 2008, consistente en que no cualquier discapacidad está cobijada por el manto de la estabilidad reforzada previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; dicha acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sea excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, las discapacidades leves que podría padecer un buen número de la población no son las que ha sido objeto de discriminación. Por esta razón, considera la Sala que el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5º reglamentado por el artículo 7º del D. 2463 de 2001), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral”*

población no son las que han sido objeto de discriminación.(CSJ SL17945-2017. “

Criterio por demás reiterado de las sentencias CSJ SL, 28 de ago. 2012, rad. 39207, SL14134-2015, SL10538-2016 y CSJ SL5163-2017).

En desarrollo de dicha doctrina, la Corte concluyó recientemente que:

“[...] la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad. Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. (CSJ SL2841-2020).”.

Ahora bien, para determinar la relevancia de la discapacidad se ha acudido históricamente a los grados y porcentajes previstos en el artículo 7 del Decreto 2436 de 2001, la cual exige demostrar, por lo menos, una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%.

En observancia del acervo probatorio se evidencia que a folios 19 a 63 del informativo se aprecian: solicitudes de servicios médicos expedidos por la EPS Café Salud (fls. 19 a 23), en donde se remite al demandante a fisioterapia el día 15 de diciembre de 2015, ordenándole “10 sesiones. Antecedentes de disectomia lumbar y actualmente con radoculopatía S1. SS terapia sedativa estiramiento cuádriceps e isquiotibiales abdominales y PSOAS Higiene columna⁹”, a folio 22 se observa incapacidad otorgada al demandante por tres días iniciando el 15 de octubre de 2015 al 17 de octubre del mismo año, en atención a un “lumbago no especificado”, a folios 24 y 25 de plenario hallamos los resultados de una resonancia magnética de columna lumbosacra de fecha 8 de noviembre de 203, en la que se concluyó:

“Discopatía lumbar múltiple.

En L4 y L5 hay una hernia de disco postero - lateral izquierda, extruida y migrada en sentido craneal, que está produciendo compresión de la raíz izquierda L4 y L5. Se acompaña de disminución de la amplitud del agujero de conjugación izquierdo.

⁹ Folio 19 del plenario.

En L3 – L4 el abombamiento degenerativo del disco asimétrico izquierdo y se acompaña de disminución de la amplitud de l agujero de conjugación izquierdo.

En L5 – S1 hay lisis bilateral de la pars inter – articular con mínima antero – litesis de L5 sin compromiso del tamaño del canal óseo ni de los agujeros de conjugación”.

A folio 26 obra recomendaciones emitidas por la EPS Café Salud con destino a la ex empleadora, en la que se le recomienda su “*reubicación y/o restricción laboral*”, con las siguientes recomendaciones: *i) levantamiento de cargas y empuje mayor a 5 kg, ii) Flexo extensión y rotación de columna, iii) evitar labores que impliquen permanencias fijas por largo tiempo.* A folio 27 del plenario obra comunicación emitida por la EPS Café Salud de fecha 11 de octubre de 2005 en la que le indica a la encartada que las patologías del trabajador se considera caso de alta probabilidad de posible enfermedad profesional y le requiere una serie de documentos a fin de determinar la existencia de una posible enfermedad profesional.

A folios 30 a 60, obra historia clínica del demandante, en la que se evidencia que efectivamente el actor padecía de una hernia discal L4-L5 discopatía múltiple y hernia lumbar.

Dichas así las cosas y atención de las documentales ya relacionadas, se debe señalar que si bien es cierto se puede establecer que el demandante padecía de una hernia discal, al momento de despido el 13 de mayo de 2011, no se le había practicado valoración médica que calificara un porcentaje de su pérdida de capacidad laboral que lo hiciera merecedor de la protección deprecada.

Conforme a lo anterior, se debe indicar que no es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud para conceder la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Lo anterior, por cuanto en criterio de la Corte, una intelección de ese talante “*rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida*” (CSJ SL2841-2020).

A la luz de lo expuesto, la Sala concluye que dentro del asunto puesto a conocimiento, no se logró demostrar, por parte del trabajador que al momento de su despido fuera sujeto de especial protección y si en gracia de discusión aceptamos que los padecimientos del demandante se originaron por ocasión de la prestaciones personal del servicio no menos cierto es, que con base al dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional, practicado al demandante (fls.534 a 543), se dictaminó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 19.20%, de origen común y con fecha de estructuración el día 4 de mayo

de 2016, es decir, una fecha muy posterior a la de su despido 13 de mayo de 2011. Razones por las cuales no es dable atender a la pretensión principal, destinada a la declaratoria de ineficacia del despido, misma suerte que correrán las pretensiones condenatorias que de esta dependían, como lo son el reintegro a su sitio de trabajo, el pago de los salarios, vacaciones, primas de servicio, cesantías e intereses a las cesantías.

DE LAS JUSTAS CAUSAS INVOCADA POR MIRATEX TEXTILES S.A.S. PARA DAR POR TERMINADA LA RELACIÓN LABORAL

La ex empleadora Miratex Textiles S.A.S., al momento dar por terminada la relación laboral que sostenía con el señor Herrera Mejía indicó mediante la carta de despido del 13 de mayo de 2011 visible a folios 243 y 244 del plenario, los siguientes motivos:

i). Por haber permanecido dormido en horas de trabajo entre las 2:40 A.M. y las 3:20 A.M. del día 9 de mayo de 2011.

Situación que fue aceptada por el demandante en la diligencia de descargos y en su interrogatorio de parte, que por demás fue corroborada por los testimonios de los señores José Neiro Mendoza y David García Busto, quienes eran operarios subordinados del demandante, indicando al unisonó que las maquinas se habían detenido y que al intentar localizarlo para informarle de la situación lo encontraron dormido.

Dicho lo anterior, a diferencia de lo señalado por el *A quo* en su decisión al indicar, que si bien es cierto el haberse quedado dormido en su turno de trabajador no es una conducta ejemplar, la misma no generó una consecuencia grave en la producción de la empresa, pues tal situación no fue probada dentro del proceso, conclusión de la cual este Juez Colegiado se aparta, bajo el entendido que por la naturaleza de su cargo y las funciones asignadas, “pues recordemos que el demandante era el de supervisor mecánico, quien tenía el control tanto del personal como de las maquinas”, el permanecer dormido dentro del turno por un lapso de tiempo considerable si genera por sí misma e independientemente de eventuales consecuencias de índole económica una desatención a las funciones propias de su rol, pues tal y como también fue señalado por los testigos en los testimonios y el demandante mismo en su interrogatorio de partes, una de sus principales funciones, aparte de manejar, organizar y asignar tareas al personal a su cargo, también lo era el velar por el buen funcionamiento de las maquinas textiles, lo que de suyo significa que al momento que estas presentaran un problema como el que las agujas con las que trabaja se rompieran o que se quedaran si la materia prima de las telas para su producción, él debía cambiar las agujas deterioradas u ordenando a sus operadores colocar los nuevos carretes.

Situación que, al no ser atendida, encuentra la Sala, que efectivamente el comportamiento desplegado a título de omisión por el demandante se

encuadra dentro de una justa causa para dar por terminado el vínculo laboral, en virtud del art. 62 del CST, modificado por el art. 7° del Dec. 2351 de 1965, que a su vez en su literal 6°, habilita el art. 58 *ibidem*, razón por la cual sobre este punto se revocará la decisión de instancia y en su lugar se declarará el despido como justo por parte del ex empleador.

ii). Por Proporcionar un mal trato al personal a su cargo, de quienes se han recibido reiteradas quejas por este hecho y por el acoso laboral al que ellos se sienten sometidos por usted.

Sobre esta situación se debe señalar que le asiste razón al Juez de primera instancia quien determinó que estas situaciones nunca fueron colocadas al demandante en conocimiento salvo cuando se le realizaron los descargos el día 9 de mayo de 2011, situación que da cuenta el señor Frank De Jesús Gómez Carvajal, quien era su jefe inmediato el cual indicó que inclusive los mismos trabajadores ya dejaron de hacerlo por que el señor Gómez Carvajal, no tomaba ningún correctivo respecto a la situación, informando el testigo que el solo lo ponía de presente de las quejas de manera verbal, aconsejándolo pues este es el “padrino de conformación del demandante” tenían una muy buena amistad, por ser ambos oriundos de la misma región y compartir hogar cuando vinieron a Bogotá a trabajar.

En ese orden de ideas, es claro para la instancia que si bien dentro de las testimoniales recogidas de los señores José Neiro Mendoza, David García Busto y Frank De Jesús Gómez Carvajal, se puede vislumbrar, una mala relación personal que sostenía el demandante con los trabajadores a su cargo no menos cierto es que no reposan dentro del plenario ningún tipo de prueba que de fe de dicha situación, o que las mismas se hubieran puesto de presentar al ex trabajador por parte de la sociedad, y no puede pretender que solo hasta el momento de su despido fueran alegadas como una de las causas que conllevaron al fenecimiento de vínculo laboral, desconociendo el principio de inmediatez que se exige para este tipo de situaciones.

Por lo anterior, debe revocarse los ordinales 2 y 3 de la sentencia proferida el 9 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito Judicial de Bogotá, para en su lugar, absolver a la demandada TEXTILES MIRATEX SAS del pago de la indemnización por despido sin justa causa. Sin Costas en esta instancia, se revocan las de primera instancia las cuales deben estar a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

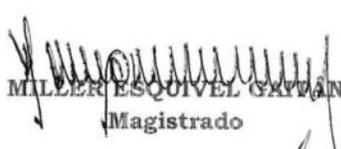
PRIMERO: REVOCAR los ordinales 2 y 3 de la sentencia proferida el 9 de agosto de 2018, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **JUAN CARLOS HERRERA MEJÍA** en contra de **TEXTILES MIRATEX S.A.S y AXXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, para en su lugar declarar que el despido del cual fue objeto el demandante el día 11 de mayo de 2011, existió justa causa por parte del empleador, y en consecuencia **ABSOLVER** a la demandada **TEXTILES MIRATEX S.A.S.**, de la condena impuesta por indemnización por despido sin justa causa.

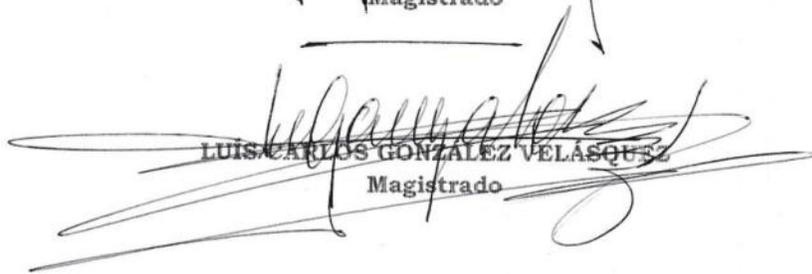
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, se revocan las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de la parte demandante.

Notifíquese y cúmplase


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105038201600277-02

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MANUEL ANTONIO CALDERÓN
GUEVERA EN CONTRA DE DUGOTEX S.A.**

En Bogotá D.C. a los veintiséis (26) días del mes de marzo de dos mil veintiuno (2021), día previamente señalados para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala a conocer del grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 16 de mayo de 2019 por el Juzgado 12° Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor MANUEL ANTONIO CALDERON GUEVRA por medio de apoderado judicial promovió proceso ordinario laboral de primera instancia contra DUGOTEX S.A., para que previos los trámites que le son propios a la naturaleza de esta clase de procesos, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre el 17 de marzo de 2014 al 23 de agosto de 2015, el que debía terminarse el 16 de marzo de 2016 en virtud a una prórroga automática, se condene a la encartada a *i)* el pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo en condiciones de vulnerabilidad por su condiciones de salud, *ii)* la cancelación de los valores derivados del contrato de trabajo firmado entre las partes el día 17 de

marzo de 2014 junto con sus prorrogas hasta que se dé por terminado en debida forma, *iii*) la reliquidación de las prestaciones sociales, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, indemnización por la terminación del contrato con enfermedad entre el 17 de marzo de 2014 al 16 de marzo de 2016 y *iv*) el pago de las costas y agencias en derecho. (Folios 43-44)

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo que en síntesis, son los siguientes:

Que en entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año que inició el 17 de marzo de 2014 y finalizó el 23 de agosto de 2015, que el último salario denegado por el actor ascendió a la suma de \$750.000, que en calenda del 10 de marzo de 2014 la IPS EVALUA SALUD le practicó examen médico con motivo de un ingreso a la hoy demandada declarándolo “*apto*” para el empleo, que el día 21 de julio de 2015 se le practicó una cirugía a raíz de una HERNIA VENTRAL SIN OBSTRUCCIÓN NI GANGRENA, que la enfermedad fue adquirida en cumplimiento de sus actividades laborales en la empresa demandada, que una vez practica la cirugía se le concedió al actor incapacidad de quince “15” días, la cual fue extendida por otros ocho “8” días el día 5 de agosto de 2015, así mismo el 14 de agosto de la misma anualidad se le concedió una nueva incapacidad por otros diez “10” días para un total de 33 días de incapacidad, que el día 24 de agosto de 2015 el demandante presentó su carta de renuncia ante la llamada a juicio fue presentada por desconocimiento conociendo del estado de salud del demandante, dado por presiones ejercidas por personal de dirección de la empresa demandada, que en fecha de 10 de septiembre le fue practicada al promotor del litigio examen médico de egreso el cual arrojó PATOLOGIA OSTEOMUSCULAR EVIDENCIADA O REFERIDA, EXAMEN MÉDICO DE EGRESO NO SATISFACTORIO, que a fin de ratificar el diagnostico el actor se realizó exámenes médicos a través de un médico particular “*Dr. Edgar Romero B.*” el cual le diagnosticó. *i*) PTERIGON EN OJO IZQUIERDO, *ii*) DOLOR ABDOMINAL A LA PALAPACIÓN SUPERFICIAL, por lo que el galeno le recomendó: “*SEGUIR CONTROL DE HERNIORRAFIA ABDOMINAL + MALLA ABDOMINAL EN SU EPS*”, que el demandante solicitó audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo el día 25 de septiembre de 2015 pero la hoy demandada no asistió, que el demandante luego de su retiro quedo desprotegido del sistema de salud y no ha vuelto a conseguir empleo por su estado de salud. (fls. 44 y 45 del plenario)

Del trámite procesal.

Una vez realizadas las notificaciones¹, la demandada mediante escrito visible a folios 92 a 99 presentó escrito de contestación de demanda el cual fue inadmitida mediante proveído de calenda de 18 de julio de 2017 visible

¹ Notificación Personal del día 8 de noviembre de 2016 visible a folio 90.

a fl. 120 del expediente, acto seguido en providencia del 5 de octubre de 2017 (f.124), en atención al silencio guardado por la demandada se tuvo por no contestada la demanda.

Reglón seguido a fls. 125 a 127 del informativo reposa recurso de reposición en subsidio con apelación presentado en contra del auto que decidió tener por no contestada la demanda². En providencia del 27 de noviembre 2017 (fls. 135 y 136) el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá no repuso el auto atacado, y concedió el recurso de apelación.

Una vez remitido el proceso con destino a esta Corporación, a través de providencia de fecha 13 de julio de 2018 visibles a folios 141 a 143 del expediente, se resolvió:

“PRIMERO: REVOCAR el auto proferido el 05 de octubre de 2017 por el Juzgado 38 Laboral de este Circuito Judicial, para en su lugar tener por contestada la demanda por la demandada DUGOTEX, y dar aplicación a la sanción consagrada en el numeral 3 del artículo 31 del CPL y de la SS., respecto a los hechos 1 al 4, 6, 8, y 10 al 12 referidos en el escrito de la subsanación de la demanda, lo anterior, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia”.

Contestación de la demanda:

Mediante auto de “Obedézcase y Cúmplase” del 31 de Julio de 2018, se atendió a lo ordenado por el superior jerárquico, así las cosas, se puede señalar que en el contenido la contestación de la demanda, la sociedad se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el escrito de demanda, respecto a los hechos se aplicaron las sanciones ordenadas en el auto³ proferido por el Tribunal, para lo cual indicó que el demandante laboró entre el 17 de marzo de 2014 al 23 de agosto de 2015, que presentó renuncia voluntaria a su cargo, que jamás existió por parte de la empresa despido o presión alguna para que el demandante renunciara a su cargo por el contrario el mismo decidió poner fin a la relación laboral, que fueron canceladas todas sus acreencias laborales y salarios, además manifiesta que siempre ha actuado de buena fe.

Como medios exceptivos propuso: *i)* falta de causa para pedir por inexistencia de la obligación, *ii)* prescripción, *iii)* mala fe por parte del demandante, *iv)* buena fe de la demandada, y *v)* pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia emitida el día 16 de mayo de 2019, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

² providencia del 5 de octubre de 2017 f.124.

³ r hechos 1 al 4, 6, 8, y 10 al 12.

“PRIMERO: ABSOLVER a DUGOTEX S.A., de las pretensiones de la demanda, incoadas por el señor MANUEL ANTONIO CALDERÓN GUEVARA. Lo anterior por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$250.000 a favor de la accionada. ((...))”

Como fundamentos jurídicos de su decisión el *ad quo* esgrimió; que entre las parte existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, pactado inicialmente entre el 17 de marzo al 16 de julio de 2014, que se dio una primera prorrogación comprendida entre el 17 de julio al 16 de noviembre de 2014, una segunda desde el 17 de noviembre de 2014 al 16 de marzo de 2015, una tercera que iba desde el 17 de marzo al 16 de julio de 2015, que el demandante presentó renuncia el 23 de agosto de 2015 por lo que no se llegó a la expiración del plazo fijo pactado, que se encuentra acreditado que al demandante se le practicó una cirugía por la cual se otorgaron unos periodos de incapacidad, que también se acredita que tiene 7.41% de incapacidad permanente parcial, sin embargo, no acredita la limitación moderada correspondiente al 15%, que si bien la demandada conocía de los padecimientos de salud del demandante, lo cierto es que no se acredita que el contrato de trabajo hubiera terminado en razón a su limitación física, por el contrario la terminación del contrato obedeció a una terminación por decisión unilateral del demandante, dado que presentó su renuncia sin manifestar causal alguna que diera paso a la figura del despido indirecto.

Alegatos de conclusión

Una vez vencido el término otorgado a las partes para que allegaran sus escritos de alegatos de conclusión, el apoderado de la parte demandante, indica que se le violaron los derechos fundamentales al demandante al exigirle su renuncia, cuando su empleador era consciente del estado de salud en el que se encontraba, pues se aprovechó de su poder dominante para que presentara su renuncia voluntaria motivada por su jefe inmediato, dado que el demandante fue engañado indicándose que debía presentar renuncia para que le fueran asignadas sus vacaciones, por lo que solicita sea revocada la decisión de primera instancia. Por su parte la demandada DUGOTEX S.A. guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

En atención al grado jurisdiccional de consulta (art. 69 C.P.L. y de la S.S.) corresponde a esta sala establecer; i) que se declare la existencia del vínculo laboral a través de un contrato a término fijo inferior a un año celebrado el día 17 de marzo de 2014 y como fecha final el 17 de marzo de 2016, y no el 24 de agosto de 2015 fecha en la cual el demandante presentó su renuncia al cargo, ii) que el actor al momento de separarse del cargo ostentaba la condición de persona discapacitada lo que significa que atendía a una condición de vulnerabilidad según lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, por lo que el despido sería ineficaz, iii) en consecuencia, debería cancelarse todos los conceptos económicos derivados del contrato de trabajo entiéndase salarios y demás prestaciones.

DEL VINCULO LABORAL, EXTREMOS TEMPORALES Y FINALIZACIÓN DEL CONTRATO.

Advierte la Sala, que, en torno a este eje de la controversia, es dable establecer como fecha inicial de la relación laboral el día 17 de marzo de 2014, como dan fe las distintas documentales que reposan dentro del expediente, entre ellas, la certificación visible a folio 22 del plenario y la cual fuera expedida por la demandada a través de la señora Sandra Acosta Cárdenas quien se identifica como “Coordinadora de relaciones laborales”, en donde señala:

“Por medio del presente nos permitimos certificada que el(a) señor(a) Calderón Guevara Manuel Antonio, identificado con la cedula de ciudadanía número 80071996, laboró a nuestros servicios desde el 17 de marzo de 2014 al 23 de agosto de 2015, mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año”.

Hecho que se refuerza con la copia del contrato de trabajo visible a folios 107 a 108 del plenario y la liquidación y pago de prestaciones sociales practicada al actor visible a folio 28, en donde ambas indican de forma inequívoca, que la fecha inicial no es otra que el **17 de marzo de 2014**.

Ya determinado lo anterior, a fin de determinar los parámetros de temporalidad en los cuales se prestó el servicio por parte del trabajador, se

debe indicar lo siguiente, el art. 46 de nuestro ordenamiento laboral enseña:

“ARTICULO 46. CONTRATO A TERMINO FIJO. <Artículo subrogado por el artículo 3o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.

- 1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.*
- 2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.”*

Al tenor de la norma traída a colación, se deduce que en tratándose de vínculos laborales a término fijo menores a un año, como fue el celebrado entre las partes, el Legislador confirió la facultad de que los mismos podrían prorrogados hasta en tres (3) ocasiones distintas por el mismo término señalado inicialmente, pero limitando su práctica hasta un tercer periodo, el cual a ser superado debería entender como una renovación anual, situación que se presentó en el asunto debatido, así:

Fecha Inicial	Fecha Final	# de prorroga
17/03/2014	16/07/2014	
17/07/2014	16/11/2014	1
17/11/2014	16/03/2015	2
17/03/2015	16/07/2015	3

Por lo que, a partir del 17 de julio de 2015, en virtud del efecto contendí en el numeral 2 del art. 46 del CST y SS, el extremo final del contrato sería el 17 de julio de 2016.

En lo concerniente a las razones que llevaron a la terminación del vínculo laboral se debe señalar, que el art. 64⁴ de nuestro ordenamiento laboral no dice que “*En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado*”, así mismo el art. 63 *ibidem* enlista una serie de circunstancias que tanto el empleador como el trabajador pueden alegar con la finalidad de extinguir el vínculo que los unía, situación que no se evidencia dentro del asunto sometido a decisión.

⁴ ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002.

Continuando con el análisis, tal y como lo expuso el juzgador de primera instancia, se puede predicar que el despido no provino como un hecho de la ex empleadora, pues como se evidencia a folios 10 y 105 del expediente, donde obra la carta de renuncia de fecha 24 de agosto de 2015, suscrita por el ex empleado hoy demandante – tal y como lo reconoció en su interrogatorio de parte y en su escrito de demanda - , dirigida al Área de Gestión Humana del DUGOTEX S.A., en la cual informa: “*Con la presente renuncio al cargo que venía ejerciendo como auxiliar de seguridad laboró hasta el día 23 del presente año*”, comunicación en donde el demandante no hace alusión alguna de que se encuentre inmerso en alguna situación de incapacidad o invalidez, o que el motivo de su decisión obedece a una causal imputable a la encartada.

En ese orden de ideas, se puede inferir con total claridad que la extinción de la relación laboral que en otrora vinculaba a las partes obedeció a una decisión unilateral y exclusiva del demandante, y si en gracia de discusión decimos, que estamos ante la presencia de un despido indirecto, figura en la cual la renuncia que presenta el trabajador no se considera voluntaria, espontánea o libre sino por el contrario forzada, en razón a causas imputables al empleador, se debe indicar tajantemente que dicha situación tampoco es de recibo pues dentro de su carta de renuncia no consignó las razones por las cuales se alejaba del cargo, tal y como se señala en el párrafo del art. 62 del CST y SS .

Por último cabe señalar, que el demandante en su libelo de demandada, más exactamente, en el hecho 7 , indica lo siguiente: “*dicha renuncia fue presentada por desconocimiento a sabiendas del estado de salud en que se encontraba mi prohijado y por presiones ejercidas por personal de dirección de la empresa demandada*”, afirmación que no merece ningún tipo de credibilidad por parte de esta instancia, pues no se logra demostrar o por lo menos indicar a qué tipo de presión fue sometido, en qué consistía la misma, quien la ejercía, como la ejercía, como tampoco es claro en indicar, cual era ese estado de salud que menciona, o si en consecuencia de ese estado existió algún tipo de vicio o nulidad frente a las decisiones adoptadas que repercutieron en su decisión, por lo que sobre este punto se confirmará la sentencia consultada, declarando que entre las partes existió una relación laboral entre el **17 de marzo de 2014 hasta el 23 de agosto de 2015** por decisión unilateral del trabajador.

EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD A NO SER DISCRIMINADOS EN EL EMPLEO

El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia fija en cabeza del Estado el deber de promover «*las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados*», a la par de proteger especialmente “*a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia*

de debilidad manifiesta". Por su parte, el artículo 47 *ibidem* le ordena adelantar "una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran" y el 54 le impone el deber de "garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud".

En atención a estos principios superiores se han proferido normas que buscan darle desarrollo a esta temática, como lo son la Ley 361 de 1997 y la Ley 1618 de 2013, a través de las cuales se establecen reglas, medidas de inclusión, acciones afirmativas y ajustes institucionales encaminados a garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad.

Sobre el particular, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prescribe:

"ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo".

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Por su parte el art. 7° del Decreto 2463 de 2001, indica:

"ARTÍCULO 7o. GRADO DE SEVERIDAD DE LA LIMITACIÓN. En los términos del artículo 5o. de la Ley 361 de 1997, las entidades promotoras de salud y administradoras del régimen subsidiado, deberán clasificar el grado de severidad de la limitación, así: Limitación moderada, aquella en la cual la persona tenga entre el 15% y el 25% de pérdida de la capacidad laboral; limitación severa aquella que sea mayor al 25% pero inferior al 50% de pérdida de la capacidad laboral y limitación profunda, cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%."

Por su parte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en sentencia del 15 de julio de 2008 (Radicado 32532) sostuvo:

“Es claro entonces que la precitada Ley se ocupa esencialmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. (..) Ahora, como la ley examinada no determina los extremos en que se encuentra la limitación moderada, debe recurrirse al Decreto 2463 de 2001 que sí lo hace, aclarando que en su artículo 1° de manera expresa indica que su aplicación comprende, entre otras, a las personas con derecho a las prestaciones y beneficios contemplados en las Leyes 21 de 1982, 100 de 1993, 361 de 1997 y 418 de 1997. Luego, el contenido de este Decreto en lo que tiene que ver con la citada Ley 361, es norma expresa en aquellos asuntos de que se ocupa y por tal razón no es dable acudir a preceptos que regulan de manera concreta otras materias.

Pues bien, el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 señala los parámetros de severidad de las limitaciones en los términos del artículo 5 de la Ley 361 de 1997; define que la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%. [...] Surge de lo expuesto que la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada”.

Posición que ha sido reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 25 de marzo de 2009 (Radicado 35606)⁵, del 3 de noviembre de 2010 (Radicado 38992)⁶ y del 28 de agosto de 2012 (Radicado 39207)⁷.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 15 de julio de 2008. Radicado 35606. (MP. Isaura Vargas Díaz). En esa ocasión la demanda que originó el proceso buscaba, primero, la declaratoria de que al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encontraba en situación de discapacidad y, segundo, que por desvincularlo de modo irregular, la demandada fuera condenada a reconocerle y pagarle la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. La Corte consideró que no había lugar a conceder la protección de la Ley 361 de 1997, porque al terminarse el vínculo el empleador no sabía si la limitación del empleado era severa o profunda.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 3 de noviembre de 2010. Radicado 38992. (MP. Camilo Tarquino Gallego). En esa oportunidad se estudiaba el caso de una persona que fue desvinculada de su trabajo cuando sufría los efectos de un problema de salud que le ocasionaba una pérdida de capacidad laboral del 21.55%, sin autorización de la autoridad del trabajo. La Corte Suprema reiteró que la Ley 361 de 1997 no protegía cualquier clase de disminución, y aunque en ese caso era moderada, encontró que la terminación del contrato se dio por haber superado el actor 180 días de incapacidad.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 28 de agosto de 2012. Radicado 39207. (MP. Jorge Mauricio Burgos Ruiz). En este fallo se sostuvo: “esta Sala reitera su posición contenida en la sentencia 32532 de 2008, consistente en que no cualquier discapacidad está cobijada por el manto de la estabilidad reforzada previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; dicha acción afirmativa se justifica y es

Descendiendo al caso en concreto, dentro del acervo probatorio no obra prueba, ni siquiera sumaria, llámese calificación o concepto, proveniente de alguna de las entidades previstas en el art. 3 de del Decreto 2463 de 2001, que permita establecer, que el demandante al momento del despido estuviera inmerso en una situación de vulnerabilidad o discapacidad, o que presentara alguna pérdida en su capacidad laboral.

Así las cosas, dentro del expediente si bien se evidencia que efectivamente el actor fue sometido a un procedimiento quirúrgico consistente en una cirugía de “Hernia Ventral” como se observa en su historia clínica visible a folios 30 y 31, así como varias incapacidades, como la que obra a folio 25 del informativo, no menos cierto es que estas documentales no son la prueba idónea que permitan indicar el estado de discapacidad pretendido, por lo que en este aspecto se confirmará la sentencia consultada.

DE LOS SALARIOS DEJADOS DE CANCELAR POR OCASIÓN DEL DESPIDO.

Para dirimir esta cuestión basta solo con señalar que en el asunto *subjudice* como ya se indicó en párrafos anteriores, no estamos en presencia de un despido, sino de una renuncia por parte del trabajador de allí que no hay lugar al reconocimiento de la indemnización por un despido sin justa causa.

Ahora en lo concerniente al tema de salarios por los periodos entre el 24 de agosto de 2015 a 16 julio de 2016 solicitados se debe indicar que no es procedente su reconocimiento, pues como ya se ha explicado en todo el transcurso de esta providencia, al renunciar al cargo que venia desarrollando el actor, y al no existir el fenómeno jurídico de la ineficacia del despido no se podrían reconocer los mismo, lo que de suyo indica que al no haber nuevos valores que tengan incidencia en eventuales reliquidaciones sobre las prestaciones sociales, esta última pretensión tampoco sería procedente.

Por lo anterior, debe confirmarse la sentencia proferida el 16 de mayo de 2019. Sin costas de esta instancia por no haberse causado y dadas las resultas del proceso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sea excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, las discapacidades leves que podría padecer un buen número de la población no son las que ha sido objeto de discriminación. Por esta razón, considera la Sala que el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5° reglamentado por el artículo 7° del D. 2463 de 2001), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral”

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR proferida el 16 de mayo de 2019, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado por **MANUEL ANTONIO CALDERÓN GUEVARA** en contra **DE DUGOTEX S.A.** conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS, este grado jurisdiccional.

Notifíquese y cúmplase,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

F11



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105034201700465-01

En Bogotá D.C., hoy a los veintiséis (26) de marzo de 2021, día previamente señalado para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia proferida el 1 de febrero de 2019 por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

La señora MARTHA ISABEL VILLA MARIN por medio de apoderado judicial promovió demanda ordinaria laboral contra RESTAURANTE TIPICO ANTIOQUEÑO LAS ACACIAS S.A. para que previos los trámites que le son propios a la naturaleza de esta clase de procesos, se declare la ineficacia del despido del 15 de enero de 2017, la nulidad del último contrato firmado entre las partes el 2 de febrero de 2017, en consecuencia, se ordene su reintegro, se condene al pago de salarios por el periodo comprendido entre el 16 de enero de 2017 al 1 de febrero de 2017, así como al pago de las correspondientes prestaciones sociales, vacaciones, aportes en seguridad social, indemnización equivalente a 180 días de salario, indexación, a lo extra y ultra petita y costas. (Fl. 154-155)

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que, entre las partes se suscribió un contrato a término fijo el 11 de octubre de 2011 por el termino de 3 meses el cual se prorrogó, posteriormente se firmaron varios contratos a término fijo de un año, que el 16 de enero de 2016 se firmó un contrato a término fijo de un año, que la labor desarrollada al momento de la interposición de la demanda es la de auxiliar de bodega, que desarrolla sus funciones en un horario de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes y sábados de 8:00 a.m. a 1:00 p.m., que devengaba un salario mínimo legal para cada año, que a la demandante se le diagnosticaron varias patologías a través de la EPS COMPENSAR; en el 2013 síndrome de túnel carpiano y bursitis de la rodilla, para octubre de 2014 epicondilitis lateral y epicondilitis media, en 2016 síndrome del manguito rotatorio, tenosinovitis de estiloides radial (de Quervain) otros trastornos sinoviales y tendinosos, epicondilitis media y epicondilitis lateral, en enero de 2017 hernia diafragmática sin obstrucción, en marzo de 2017 espolón calcáneo y en mayo de 2017 bursitis del hombro, que a través de la EPS COMPENSAR el 19 de febrero de 2016 se remite a salud ocupacional de la empresa para evaluar posibles restricciones y/o reubicación laboral, con apoyo de ortopedia y traumatología, que el 30 de marzo de 2016 el empleador envía a COMPENSAR constancia del cargo y las funciones de la demandante, que el 20 de junio de 2016 fue evaluada por medicina laboral, que el 15 de diciembre de 2016 la demandada informa a la señora Martha que el contrato vence el 15 de enero de 2017, que se interpone acción de tutela con la cual se ampara sus derechos a la estabilidad laboral reforzada, salud y mínimo vital por un tiempo de 4 meses dentro de los cuales debía recurrir a la jurisdicción laboral, decisión que fue confirmada por el juzgador de segunda instancia, que el 3 de mayo de 2017 se reintegra a la demandante, que entre las partes se firmó un contrato a término fijo de un año a partir del 2 de febrero de 2017, que el 2 de junio de 2017 EPS COMPENSAR emite dictamen de calificación de origen, que el 22 de mayo y el 18 de julio de 2017 se expiden recomendaciones por 6 meses, para no levantar peso mayor a 5 Kilos, no realizar movimientos repetitivos por más de 15 minutos, evitar labores por más de 8 horas diarias. (Folios 152-154)

Contestación de la demanda:

Mediante Auto de fecha 4 de septiembre de 2018 (Fl. 232), se tuvo por contestada la demanda, la llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Manifestó, que aunque la EPS estableció el origen de la patología ese proceso no implica que se tenga una condición de discapacidad, de limitación física o de grado de invalidez, por lo que, no puede predicarse solo por esa circunstancia una estabilidad laboral reforzada.

Como medios de defensa propuso las excepciones denominadas; prescripción, falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación y la genérica. (Folios 193-228)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de febrero de 2019, el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió; declarar que al momento del fenecimiento del nexo contractual existente entre las partes, la demandante contaba con la garantía constitucional de la estabilidad laboral reforzada por aspectos de salud de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, declaro que la terminación del contrato de trabajo se dio sin mediar la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo en consecuencia el mismo se torna ineficaz, condeno a la demandada a reintegrar a la demandante a un cargo de iguales o mejores condiciones al que desempeñaba para el momento de su despido, acatando las recomendaciones y restricciones medico laborales prescritas por su médico tratante, condeno al reconocimiento y pago de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la suma equivalente a 180 días de salario a título de sanción por haber dado por terminado el contrato de trabajo sin previa autorización del Ministerio del Trabajo y estando amparada por la garantía de estabilidad laboral reforzada por aspectos de salud.

Para llegar a la presente decisión la A quo fundamento su decisión en la posición de la Corte Constitucional por ser más garantista, indicando que solo el hecho de que se presente una situación que afecte la salud y el desempeño de sus labores le permite acceder a la garantía de la estabilidad laboral reforzada, sin ser necesario una certificación que acredite un determinado porcentaje de pérdida de capacidad laboral (SU-049 de 2017), además refuerza sus criterio dando aplicación a los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-1360 de 2018, al analizar las pruebas a llegadas al plenario de la historia laboral se evidencian recomendaciones médicas expedidas, así como incapacidades, las cuales eran conocidas por la parte demandada quien reubico a la demandante, además de haber sido reinstalada a través de acción constitucional, también se corrobora que la demandante estaba en tratamiento médico, siendo suficiente el despliegue probatorio de la demandante para determinar que se encontraba en estado de debilidad manifiesta y en consecuencia ampara por la estabilidad laboral reforzada.

Del recurso de apelación de la parte demandada

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación, respecto a lo establecido por la A quo. Para lo cual expreso; que si bien la enseñanza de las altas cortes obedece a que deben haber aspectos de discriminación, lo cierto es que nunca se establecieron actuares discriminatorios no los hubo, efectivamente la demandante contaba con patologías y recomendaciones laborales las cuales se acataron por la demandada, sin embargo, se omitió por la juez lo indicado por la ARL cuando se indica que

Martha se había recuperado, además la Junta Nacional de Calificación determino el origen común, sin que tenga que ver ello con que el despido fue con ocasión y causa de la patología de la demandante.

Ahora bien, el precedente jurisprudencial de la sentencia invocada no guarda relación, ya que la decisión de la Corte es una medida aplicable a este tipo de situaciones en derecho laboral, pero se omitió que el contrato termino por advenimiento del plazo fijo pactado, existiendo la posibilidad de terminar el contrato bajo un modo legal, sin necesidad de que exista una justa causa, lo cual se verifica en el expediente, contrato fijo pactado, al cual se le dio el preaviso y no se encontraba en condición de incapacidad entre diciembre de 2016 a enero de 2017.

Además, no se puede ordenar un reintegro sin tener en cuenta la modalidad contractual pactada entre las partes, asegurar una situación de discapacidad de la demandante o afectación de salud no es una situación suficiente, dado que la determinación de esa situación es técnica y no una facultad del juez laboral, pues no existía concepto de una situación de discapacidad.

Por último, en caso de prosperar lo pretendido las costas impuestas en primera instancia por 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, no corresponden a los parámetros legales, dado que la condena asciende a \$4.000.000.00 pesos.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el término legal la parte demandada solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para lo cual reitera; *“el contrato finalizó por un modo legal de terminación del contrato de trabajo y jamás por un evento de discriminación laboral. Además, debe destacarse que, para esa fecha, la trabajadora no estaba en incapacidad laboral y mucho menos tenía alguna calificación que la ubicara como una persona con discapacidad, luego no es correcto indicar que mi procurada finalizó el contrato por un propósito diferente.”*.

De otro lado, la parte demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia, haciendo énfasis en los diagnósticos médicos que reporta desde el año 2013 en la historia laboral.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema jurídico

En atención al alcance de la apelación presentado por el apoderado de la parte demandada le corresponde a esta Sala establecer si la demandante tenía protección a la estabilidad laboral en razón a sus condiciones de salud, para lo cual deberá verificarse las pruebas documentales aportadas al proceso.

En virtud del artículo 66A del CPT y SS, la Sala estudiará los aspectos que fueron planteados por la parte apelante.

De la estabilidad laboral reforzada

El artículo 53 de la Constitución establece como uno de los principios mínimos de las relaciones laborales el derecho que tiene todo trabajador a permanecer estable en el empleo, a menos que exista una justa causa para su desvinculación. El marco en el que surge es en el de las relaciones laborales, en donde se verifican asimetrías entre el trabajador y el empleador.

Tal garantía se refuerza en ciertos casos en los que se ha reconocido la existencia del *“derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada”*, que deriva directamente del principio y el derecho a la igualdad en el trabajo, y que se concreta mediante medidas diferenciales en favor de personas en condición de vulnerabilidad, que en la evolución histórica de la sociedad han sufrido discriminación por razones sociales, económicas, físicas o mentales.

En términos generales, son titulares de la estabilidad laboral reforzada las personas amparadas por el fuero sindical, aquellas en condición de invalidez o discapacidad, las mujeres en estado de embarazo, pre pensionados, padre/ madre cabeza de familia pues el objetivo de esa figura es *“proteger al trabajador que por sus condiciones especiales es más vulnerable a ser despedido por causas distintas al trabajo que desempeña”*.

La estabilidad laboral reforzada implica que los sujetos amparados no pueden ser desvinculados de su puesto de trabajo por razón de la condición que los hace más vulnerables que el resto de la población. Los motivos que lleven a la terminación de su relación laboral deben estar asociados a factores objetivos que se desprendan del ejercicio de sus funciones, y sean verificados por el Inspector de Trabajo cuando se trate de *“asuntos individuales y colectivos en el sector privado y de derecho colectivo del trabajo del sector público”*, en cumplimiento de las obligaciones internacionales, constitucionales y legales que tiene el Estado colombiano en materia laboral, con el fin de forjar *“relaciones laborales en una forma ordenada y constructiva”*.

Cabe aclarar que la estabilidad laboral reforzada no opera como un mandato absoluto y, por lo tanto, no significa que ningún trabajador protegido pueda ser apartado de su cargo. Implica que su despido no puede materializarse por razón de su especial condición (persona en situación de discapacidad física o mental, o mujer en estado de embarazo, etc.). Dicha protección, entonces, **no se traduce en la prohibición de despido o en la existencia de “un derecho fundamental a conservar y permanecer en el mismo empleo por un periodo de tiempo indeterminado”**. Más bien, revela la prohibición constitucional para los empleadores de efectuar despidos discriminatorios en contra de la población protegida por esta figura, que es la más vulnerable entre los trabajadores.

Quiere decir lo anterior, que el trabajador en un estado de debilidad manifiesta, debe permanecer en su puesto mientras no se presente una causa objetiva y justa para su desvinculación.

Con el ánimo de consolidar relaciones equitativas en el escenario laboral, se han consolidado acciones afirmativas bajo la premisa de la disparidad de fuerzas que lo componen. De conformidad con la Constitución se *“ha evidenciado la existencia de un verdadero derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de las personas que por sus condiciones físicas, sensoriales o psicológicas se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta o indefensión”*.

Ahora bien, la A quo amparo el derecho de la señora Martha Isabel, es así como la Sala entra a verificar tal situación, encontrando a folio 191 la carta de no prórroga del contrato de trabajo de fecha 15 de diciembre de 2016, en la cual se dijo; *“Se le informa que su contrato se vence el día 15 de enero de 2017. Por lo anterior nuestro departamento de contabilidad efectuará la liquidación de sus prestaciones sociales correspondientes.”*

Con lo anterior, es claro que dicho documento no evidencia que la no prórroga del contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes, sea por motivos discriminatorios en razón a los padecimientos de salud de la señora Martha Villa Marin.

Por el contrario, la demandante no gozaba de la estabilidad laboral reforzada; en primer lugar, porque al momento del despido se no encontraba incapacitada, pues si bien se aportaron al plenario unos certificados de incapacidad expedidos por la EPS COMPENSAR, lo cierto es que, estas se dieron por 10 días de forma interrumpida entre mayo y julio de 2017, ello con posterioridad al preaviso de no prórroga del contrato de trabajo a término fijo, en segundo lugar, porque el motivo del despido no obedece a situaciones de incapacidad o salud de la demandante y, en tercer lugar, no se acredita porcentaje de pérdida de capacidad laboral al momento del despido.

Al punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como las radicadas con los Nos. 35606¹ y 37514², ha precisado que para que un trabajador acceda a la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 o al reintegro como consecuencia de la ineficacia del rompimiento, -agrega ésta Sala-, se requiere: **(i)** que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad labora, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; **(ii)** que el empleador conozca de dicho estado de salud; y **(iii)** que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social.” (Negrilla fuera de texto)

Luego, no basta con que el trabajador padezca de una disminución física cualquiera o una enfermedad diagnosticada por médico tratante, sino que se requiere que ella corresponde a la pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 15%, además que el empleador conozca de tal circunstancia durante la vigencia del contrato, nótese que el empleador si bien conocía de la situación de salud del demandante ya que acogió las recomendaciones clínicas establecidas por el médico tratante tal como se puede corroborar a folio 188, sin embargo, no se acredita que la demandante tenga algún grado de discapacidad y mucho menos que la prórroga del contrato de trabajo a término fijo se hubiese dado en razón a las patologías padecidas.

Aunado a lo anterior, la aplicación de la sentencia SL-1360 de 2018 proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que realizó la A quo, no puede ser usado como precedente judicial en el caso concreto, dado que en el caso allí analizado, se encontraba acreditado que a la fecha del despido del trabajador este se encontraba en situación de discapacidad, además de que esa circunstancia era conocida por el empleador, dándose por terminado el vínculo laboral sin justa causa y sin

¹ “Es claro entonces que la precitada Ley se ocupa esencialmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que **quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo.**

² “(...) se observa que la acusación está encaminada a que se determine jurídicamente, que para considerar una persona como limitada y beneficiaria de la protección especial que consagra el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no se requiere que el discapacitado, inválido, minusválido, disminuido, incapacitado, reubicado, etc., tenga un determinado grado de minusvalía, ni una calificación previa de su limitación, sino que éste se encuentre en una manifiesta debilidad al momento del despido o terminación del contrato de trabajo. Planteadas así las cosas, es de anotar, que esta Sala de la Corte ya tuvo la oportunidad de analizar y definir el tema, fijando su propio criterio, en el sentido de que la Ley 361 de 1997 está diseñada a garantizar la asistencia y protección necesaria de las personas con limitaciones severas y profundas, pues así lo contempla su artículo 1º, al referirse a los principios que la inspiran y al señalar sus destinatarios, de modo que delimita el campo de su aplicación a quienes por ley son consideradas discapacitadas, es decir, todas aquellas que tengan un grado de minusvalía o invalidez superior a la limitación moderada, además de que el estado de salud debe ser de conocimiento del empleador, pues la sola circunstancia de que el trabajador se encuentre incapacitado para el momento de la ruptura del contrato de trabajo, no acredita que tenga una limitación física y dentro de los porcentajes anteriormente mencionados, requiriéndose por tanto de una prueba científica como sería el respectivo dictamen o calificación.”

autorización de la oficina del trabajo, lo que allí se estableció fue que; *“el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos de que el empleador demuestre en el juicio la ocurrencia legal de la causa alegada.”*

Es decir, nunca se deja de lado en estos casos el demostrar la discapacidad, que como anteriormente se indicó, puede ser moderada, severa o profunda y que solo a través de un dictamen de pérdida de capacidad laboral es posible determinar, así las cosas, brilla por su ausencia prueba en la que se establezca el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración, nótese que se allega documento dirigido por la ARL LIBERTY a COMPENSAR EPS en donde simplemente se indica cual es el origen de la enfermedad.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL2841-2020, con radicación No. 67130 del 22 de julio de 2020, Magistrado Ponente Dr. Omar ángel Mejía Amador, ha dicho;

“En todo caso, para despejar cualquier duda que pudiera suscitar la precitada sentencia No. 38993, en cuanto al nivel de limitación requerido para el goce de la protección en cuestión, sirve traer a colación la decisión donde esta Sala, más recientemente, no solo ratificó que la protección a la estabilidad no opera frente a cualquier tipo de afectación de salud o de discapacidad, sino que precisó que tal protección comienza a partir de la discapacidad en el grado de moderada, condición que, para la fecha de los hechos de ese caso al igual que los del presente, es objetiva por el D. 2463 de 2001 en el 15%...

(...)

Como resultado del estudio de los cargos formulados por la vía jurídica, quedó definido por la Sala que los destinatarios de la medida de protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 son los trabajadores con discapacidad laboral a partir del 15% y que no se aplica la condición general y abstracta de debilidad manifiesta por salud establecida por el ad quem para identificar a los beneficiarios de esta acción...

(...)

Conforme a lo anterior, la sustentación del cargo resulta parcialmente fundada en cuanto a que el tribunal no podía pasar por alto una calificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral emitida por una junta de calificación de invalidez so pretexto de la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud...”

En conclusión, deberá revocarse la sentencia recurrida, para en su lugar absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra. Sin costas en esta instancia, las de primera instancia se revocan las cuales quedaran a cargo de la parte demandante y en favor de la demandada, para lo cual la juzgadora de primera instancia deberá fijarlas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 1 de febrero de 2019, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado por **MARTHA ISABEL VILLA MARIN** en contra de la demandada **RESTAURANTE TIPICO ANTIOQUEÑO LAS ACASIAS S.A.**, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demanda de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Se revocan las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de la parte demandante y en favor de la parte demandada, tásense en primera instancia.

Notifíquese y cúmplase,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYMÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105025201500621-02

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MANUEL ANTONIO CALDERÓN
GUEVERA EN CONTRA DE DUGOTEX S.A.**

En Bogotá D.C. a los veintiséis (26) días del mes de marzo de dos mil veintiuno (2021), día previamente señalados para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 9 de mayo de 2019 por el Juzgado 25° Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor NELSON MEDINA PEÑA por medio de apoderado judicial promovió proceso ordinario laboral de primera instancia contra FLORES

SAN JUAN S.A., para que previos los trámites que le son propios a la naturaleza de esta clase de procesos, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 31 de marzo de 1995 al 30 de abril de 2015, que se encontraba amparado por una estabilidad laboral reforzada debiéndose solicitar el correspondiente permiso ante el Ministerio de Trabajo, que la terminación del contrato de trabajo es de forma unilateral y sin justa causa imputable al empleador, en consecuencia, se condene a la encartada a *i)* al pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, *ii)* sanción por no consignación de las cesantías, *iii)* sanción moratoria, *iv)* indemnización por despido sin justa, *v)* el reconocimiento de cesantías por el periodo comprendido entre el 31 de marzo de 1995 al 30 de abril de 2015, *vi)* a lo extra y ultra petita, *vii)* indexación y *viii)* costas y agencias en derecho. (Folios 7-8)

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo que, en síntesis, son los siguientes:

Que el 31 de marzo de 1995 entre la partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, que sus funciones eran propias a las de un contador (cargo Gerente de Contabilidad), que al inicio de la relación laboral se acordó un salario equivalente a \$300.000.00 pesos, que con anterioridad a través de la Resolución 009298 de 1993 del 12 de octubre de 1993 recibió pensión de invalidez permanente parcial por parte del ISS en cuantía de \$81.510.00 pesos, que con Resolución No. 06238 del 11 de julio de 1995 el ISS declaró definitiva la pensión de invalidez permanente parcial, por lo que al momento de su vinculación el empleador era consciente del estado de invalidez del demandante, que el 7 de abril de 2011 el Dr. Ernesto Pupo Pérez médico en salud ocupacional de la demandada certifico que el demandante presentaba una paraplejia por secuelas de poliomeilitis, se indica *“compromete en una proporción severa su movilidad y estancia de pies”*, presentando *“una discapacidad que es irreversible”*, que la demandada omitió el deber legal de consignar el valor de las cesantías al fondo de cesantías, que en el mes de marzo de cada año le citaba para entregarle las cesantías correspondientes, que entre sus funciones se encontraba visitar los cultivos, lo que le trajo muchos problemas de salud por su exposición a la temperatura y el olor de las materias que se utilizaban para la erradicación de la maleza, enfermedades o insectos que afectan los cultivos, que el 25 de marzo de 2015 la demandada dio por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral por medio del Gerente, se indica que termina con justa causa ante el reconocimiento de la pensión de invalidez a partir del 30 de abril de 2015, asignándose una serie de tareas entre ellas entrenar a la persona que le recibiría el cargo, que nunca se tramito la correspondiente autorización ante el Ministerio del Trabajo, que el examen de retiro consigno *“ATROFICAS CON SECUELAS DE POLIO BIL”* y *“USO DE SILLA DE*

RUEDAS”, que el último salario devengado era la suma de \$10.049.371.00 pesos. (fls. 3 y 7 del plenario)

Del trámite procesal.

Una vez realizadas las notificaciones¹, la demandada mediante escrito visible a folios 47 a 80 presentó escrito de contestación, dándose por contestada mediante proveído de calenda de 12 de julio de 2016 visible a fl. 155 del expediente.

Contestación de la demanda:

Al contestar, la sociedad se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el escrito de demanda, respecto a los hechos indicó que el demandante está reclamando derechos que no le corresponden, dado que se cumplió con todas y cada una de las obligaciones derivadas del vínculo laboral, que el contrato de trabajo se dio por terminado en razón al reconocimiento pensional, que no era necesario agotar un trámite determinado para dar por terminado el contrato de trabajo. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo, que denomino: *i)* pago y cobro de lo no debido, *ii)* inexistencia de las obligaciones pretendidas, *iii)* buena fe de la demandada, *iv)* ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, *v)* ausencia de obligación en la demandada, y *vi)* prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia emitida el día 9 de mayo de 2019, el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como fundamentos jurídicos de su decisión el *A quo* esgrimió; que entre las partes existió una relación laboral a término indefinido, que existe una justificación jurídica que respalda la decisión tomada por la demandada de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, cumpliendo con el preaviso correspondiente por más de 15 días, en cuanto a la estabilidad laboral es el trabajador quien debe demostrar que el motivo del despido era su limitación física, al no estar probado que el mismo se dio en razón a su estado de salud no es procedente alegar la estabilidad, aunado a ello que no existía una pérdida de capacidad laboral al momento del retiro, en razón a que con anterioridad al inicio del contrato ya contaba con un estado de invalidez, sin que exista nexo causal entre la discapacidad y el

¹ Notificación Personal del día 8 de noviembre de 2016 visible a folio 90.

hecho del despido, por último, respecto a las cesantías se tiene que la empresa efectuó el pago anticipado parcial de las cesantías conforme a lo solicitado por el demandante, sin que se adeude algo por dicho concepto, máxime cuando el demandante tenía a su cargo los asuntos contables de la empresa y debía salvaguardar tales situaciones, por lo que ahora no puede alegar su propia culpa.

Recurso de apelación

La parte demandante no se encuentra de acuerdo con la decisión proferida en primera instancia, por lo que, solicita se revoque el fallo proferido y en su lugar se condene al reconocimiento y pago de lo pretendido, para lo cual argumento; que la demandada desde 1995 tenía pleno conocimiento de la discapacidad del demandante, además de que tenía una pensión de invalidez reconocida, que no se tuvo en cuenta lo referente al principio de la inmediatez entre el reconocimiento pensional y la terminación del contrato de trabajo, además de que se requiere permiso del Ministerio del Trabajo así exista una justa causa para dar por terminado un contrato de trabajo con una persona en condición de discapacidad conforme a lo establecido por el Dto. 2463 de 2001, dicha protección laboral de la que es beneficiario el demandante ha sido reconocida no solo por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sino también por la Corte Constitucional, así las cosas, la terminación del contrato de trabajo es ilegal, debiendo condenarse al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, así como a la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no debe dejarse de lado que la condición de discapacidad era conocida así fue aceptado por el representante legal de la demandada al absolver el interrogatorio de parte, así como por los testigos.

Respecto a las cesantías, expresa que no fueron consignadas a un fondo tal y como lo expresa el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dado que las mismas no deben de ser entregadas directamente al trabajador, pues el trámite de avance de las mismas debe darse ante el respectivo fondo y al no pagarse conforme a la ley debe nuevamente pagarse.

Alegatos de conclusión

Una vez vencido el término otorgado a las partes para que allegaran sus escritos de alegatos de conclusión, la apoderada de la parte demandada manifiesta que la terminación del contrato de trabajo obedeció al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, además de que no se adeuda suma alguna al trabajador por concepto de prestaciones sociales, por lo que solicita se confirme el fallo proferido en primera instancia.

Por su parte el demandante manifiesta que la demandada violó todas las normas constitucionales y legales sobre el debido proceso y los procedimientos disciplinarios por lo que debe revocarse la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

Corresponde a esta sala establecer; i) el demandante al momento de separarse del cargo ostentaba la condición de persona discapacitada lo que significa que atendía a una condición de vulnerabilidad según lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, por lo que el despido sería ineficaz, iii) en consecuencia, debería cancelarse indemnización por despido sin justa causa y la establecida en la norma antes mencionada, y ii) si debe condenarse al reconocimiento y pago de las cesantías por no haber sido consignadas ante un fondo.

DEL VÍNCULO LABORAL

Advierte la Sala, que, al respecto no existe discusión dado que el demandante manifiesta que el contrato de trabajo a término indefinido inició el 31 de marzo de 1995 y se terminó el 30 de abril de 2015, hechos que acepta la demandada Flores San Juan S.A., además que se puede corroborar con las pruebas documentales aportadas al proceso, como lo es; el contrato de trabajo a término indefinido suscrito por las partes folios 23, 81 y 82 en donde se corrobora la fecha de inicio de labores (31 de marzo de 1995), carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 25 de marzo de 2015, en la que se indica que el contrato de trabajo iría hasta el 30 de abril de esa anualidad folios 29 y 87, liquidación del contrato de trabajo folios 30, 31, 85 y 86 en donde se puede verificar los extremos laborales y la clase de contrato de trabajo, certificación laboral a folio 27

DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

La estabilidad laboral reforzada ampara a los sujetos de especial protección en razón a su particular situación o grado de vulnerabilidad frente a sus compañeros de trabajo y superiores, entre los grupos de personas identificadas para gozar de la especial protección constitucional, se encuentran; las trabajadoras que presenta un estado de gravidez o

periodo de lactancia, trabajadores (as) que por su situación de salud o discapacidad merecen estar amparados o trabajadores (as) que tengan un rol sindical, ello para salvaguardar sus derechos fundamentales en materia laboral y de seguridad social, así como de su respectivo núcleo familiar, además de ser una protección a cargo del Estado quien se encuentra en la obligación de velar por esos sujetos.

La Carta Política de Colombia en su artículo 53 consagra la estabilidad como principio mínimo que hacen parte de los derechos irrenunciables del trabajador, así mismo el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia fija en cabeza del Estado el deber de promover *«las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados»*, a la par de proteger especialmente *“a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”*. Por su parte, el artículo 47 *ibidem* le ordena adelantar *“una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”* y el 54 le impone el deber de *“garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”*.

Ahora bien, es necesario establecer en el presente caso las circunstancias, teniendo en cuenta que solo este mecanismo procede para amparar a trabajadores que se ven expuestos a un despido por sus condiciones particulares, con el fin de determinar si el empleo del señor Nelson Medina Peña debía ser protegido.

ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL DERECHO DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN TRABAJADORES EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD

Al respecto, la Ley 361 de 1997 artículo 26 modificado por el artículo 137 del Dto. 19 de 2012 prevé;

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

Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato, Siempre se garantizará el derecho al debido proceso.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren".

De otro lado, la Corte Constitucional estableció elementos que son de obligatoria referencia, siempre que se trate de trabajadores en condición de discapacidad, en sentencia T-263 de 2009, en la que claramente se establece que los trabajadores en condición de discapacidad tienen derecho a; **(i)** conservar el empleo, **(ii)** no ser despedidos en razón a su situación de vulnerabilidad, **(iii)** permanecer en el empleo hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral, y **(iv)** que el Inspector de Trabajo o autoridad competente autorice el despido con base en la verificación previa de dicha causal a fin de que el mismo pueda ser considerado como eficaz.

En este punto, es importante resaltar que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1360-2018 al estudiar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, expreso que la intención del Legislador no era prohibir el despido del trabajador en situación de discapacidad, sin embargo, lo que se busca es sancionar que tal actuar este precedido de un criterio discriminatorio, ello en razón a que la invocación de una justa causa legal, abre paso a una ruptura del vínculo laboral. Así las cosas, para el caso concreto entraremos a verificar 4 aspectos de la siguiente manera;

1. Referente a la necesidad de que **se aporte al proceso siquiera una prueba sumaria de la conexidad entre la decisión de no renovar el contrato o dar por terminado el mismo y la discapacidad sufrida por el trabajador**, condición necesaria en estos casos tal y como se establece por la Corte Constitucional en sentencia T-309 de 2005.

2. **Presunción en favor del trabajador**, siempre que se presente la desvinculación de una persona en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud, o con discapacidad, sin permiso de la oficina de trabajo debe presumirse el carácter discriminatorio del despido, presunción que debe ser desvirtuada por el empleador, aspecto previsto por la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 2000, el cual ha sido acogido también por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1360 de 2018 se dijo; *“Al trabajador le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, implicando para el empleador acreditar en juicio la ocurrencia, de la justa causa, de no ser así el despido se reputara ineficaz...”*.

3. En la misma sentencia ya antes referida, se hace especial énfasis en lo concerniente a **la autorización del Inspector de trabajo** así; “...no es obligatorio acudir al Inspector del trabajo, ello al soportarse el despido en una razón objetiva. (...)” ya que; “la autorización del Inspector de trabajo se circunscribe aquellos eventos en que el desarrollo de las actividades laborales a cargo del trabajador discapacitado sea incompatible e insuperable en el correspondiente cargo en otro existente en la empresa, por lo que, bajo el principio de que nadie está obligado a lo imposible o a soportar obligaciones que excedan sus posibilidades, podría rescindirse el vínculo laboral, con el pago de la indemnización, solo así cobra pleno sentido, la intervención del Inspector, en su calidad de autoridad administrativa del trabajo, quién debe constatar que el empleador aplico diligentemente todos los ajustes razonables orientados a preservar en el empleo al trabajador, lo cual implica su rehabilitación funcional y profesional, la readaptación de su puesto de trabajo, su reubicación y los cambios organizacionales y/o movimientos de personal necesarios. En síntesis, la intervención de la autoridad se justifica para garantizar si el trabajador puede ejecutar o no la labor para la cual fue contratado...”.

Entonces, el Estado tiene el deber de garantizar al discapacitado que obtenga, conserve y progrese en el empleo, hasta el momento en que no pueda desarrollar más la labor para la cual fue contratado, ni ninguna otra de acuerdo al grado de su invalidez, situación que es la debe valorar la autoridad el trabajo.

4. En cuanto al argumento mencionado por el apelante, **de la aplicación del requisito de inmediatez cuando el despido ocurre por reconocimiento de la pensión de invalidez**, sobre el particular la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL18110 DE 2016, manifestó que la causal de despido por reconocimiento de la pensión, no demanda el cumplimiento del presupuesto de la inmediatez, dado que se trata de una causal objetiva desligada de la conducta del trabajador, dado que dicho requisito solo aplica frente a conductas que suponen un juicio de valor o un reproche, como son el incumplimiento de las obligaciones laborales.

Efectivamente, tal como lo indico el A quo el numeral 14 literal a) del artículo 62 CST y el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, facultan al empleador para terminar el contrato de trabajo con justa causa cuando el trabajador se le reconoce una pensión estando al servicio de la empresa. Así las cosas, necesario resulta mencionar que la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo del señor Medina Peña basada en una justa causa como es el reconocimiento de una prestación pensional se originó inclusive con anterioridad a la suscripción del contrato de trabajo dada entre las partes, pues nótese que a folios 23, 24 y 29 del plenario reposan; el contrato de trabajo suscrito entre las partes el 31 de marzo de

1995, la resolución en la cual se reconoce una pensión de invalidez en favor del demandante proferida el 12 de octubre de 1993 y la carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 25 de marzo de 2015, es decir, la demandada Flores San Juan S.A., conocía de la situación de discapacidad del demandante al momento de su vinculación y también el hecho de que se encontraba pensionado tal como lo refiere el señor Wilson Hernández Luna al absolver el interrogatorio de parte.

De lo anterior, se tiene que el señor Nelson demostró su discapacidad con la Resolución No. 009298 de 1993 en la cual se le reconoció una pensión por invalidez permanente parcial a partir del 6 de abril de 1993, en que además se refiere; *“que la sección de medicina laboral ha conceptuado que el asegurado tiene una pérdida de capacidad laboral del 22%.”*, sin embargo, esta situación no fue el origen o causa de despido, dado que como ya se refirió el retiro del trabajador en virtud al reconocimiento pensional es una decisión discrecional del empleador, dado que es la facultad que la ley le asigna al empleador y de la cual puede hacer uso cuando estime pertinente (CSJ SL2509-2017).

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia sobre este punto, dado que no se acredita que el despido del trabajador se hubiera dado en razones de discriminación por su discapacidad, por el contrario, se su fundamento es una justa causa legal objetiva amparada por la ley.

DE LAS CESANTÍAS Y EL NO PAGO A UN FONDO

La Ley 50 de 1990 hizo referencia a que los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo a partir del 1 de enero de 1991, tienen derecho al reconocimiento de las cesantías, las cuales deben ser liquidadas el 31 de diciembre de cada año y consignadas ante el *“fondo de cesantías”*, antes del 15 de febrero del año siguiente, ante el posible incumplimiento del empleador se deberá pagar un día de salario por cada día de retardo, además contempla que quién efectúa el pago parcial de las cesantías es el fondo correspondiente al que se encuentre afiliado el trabajador.

Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 254 del C.S.T. si el empleador no paga la obligación de las cesantías de manera correcta al trabajador, en razón a que está prohibido efectuar el pago parcial de las cesantías al trabajador antes de la terminación del contrato, salvo en los casos señalados en la ley, pues en caso de hacer esos pagos parciales de forma directa se perderán las sumas pagadas, es decir tendría que pagarse dos veces las cesantías.

Al respecto, en sentencia SL3492-2018 del 22 de agosto de 2018 la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión No. 3, dijo:

*“El Juez Colegiado encontró, que la consignación anual de las cesantías es una obligación que debe cumplir el empleador, independientemente de que el trabajador le informe o no, la elección de una entidad administradora a la cual desea que se haga el depósito de tal prestación; agregó, además, que la sanción por el incumplimiento en esa obligación no puede operar de manera automática “sino que es menester analizar el comportamiento del empleador” y que, en el sub lite, **se acreditó que éste cancelaba directamente al trabajador el valor de la prestación, “pagos que no fueron autorizados por el Ministerio de la Protección Social” por lo que, a tal conducta, le era aplicable la sanción establecida en el artículo 254 del CST, la que conlleva la pérdida de los valores cancelados** y que, de conformidad con la sentencia con radicación CSJ SL, 26 sep. 2006, rad. 27186 de esta Corte, la referida sanción, no resultaba concurrente con la indemnización moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.”* (Negrilla fuera de texto)

Lo anterior, en primer lugar, conllevaría a la conclusión inequívoca de condenar por el pago de dicha prestación, dado que el empleador no cumplió con el pago de las cesantías ante un fondo omitiendo lo establecido por la ley, sin embargo, no puede dejarse de lado, lo confesado por el señor Wilson Hernández Luna, cuando adujo que, en virtud al cargo desempeñado por el señor Mediana, tenía la responsabilidad de no solo liquidar las cesantías, sino además de verificar el trámite correspondiente para el retiro parcial de las mismas, conociendo de antemano la normatividad al respecto y el deber de ser consignadas ante un fondo, resultando inexplicable que haya omitido la obligación legal respecto de lo concerniente a su propia afiliación y todo lo que esta conllevaba, siendo culpa exclusiva del mismo demandante quien tenía a cargo dichas ocupaciones, aunado a ello expresa que la parte demandada siempre actuó de buena fe, es decir, obrando con lealtad, rectitud y honestidad, toda vez que año a año se reconoció el derecho a sus cesantías y si bien se pagaron de forma directa al trabajador, fue en cumplimiento de los requisitos establecidos para el retiro de cesantías parciales por temas de escolaridad y vivienda, tal como se acredita de las pruebas obrante al plenario de folios 169 al 241.

Por lo anterior, debe confirmarse la sentencia proferida el 9 de mayo de 2019. Costas de esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$300.000.00 pesos, se confirman las de primera instancia.

DECISIÓN

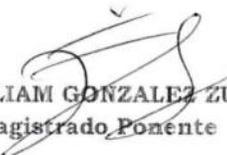
En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

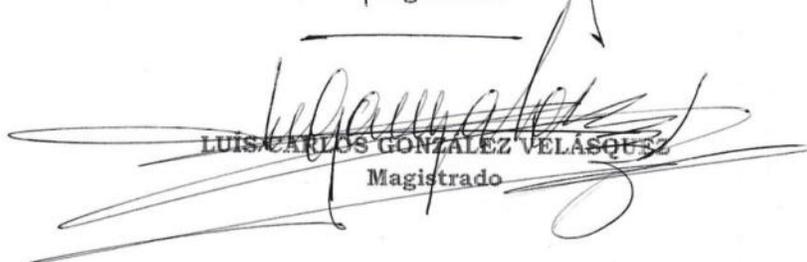
PRIMERO: CONFIRMAR proferida el 9 de mayo de 2019, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado por **NELSON MEDINA PEÑA** en contra **DE FLORES SAN JUAN S.A.** conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS, de esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$300.000.00 pesos, dadas las resultados del proceso. Se confirman las de primera instancia.

Notifíquese y cúmplase,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado