



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANA ISABEL HORTUA CAMARGO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A

RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2017 00545 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a cumplir la orden de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia STL 9981-2021 proferida dentro de la acción de tutela identificada con la radicación n.º 63578 emitida el 4 de agosto de dos mil veintiuno (2021), teniendo en cuenta las consideraciones de dicho fallo.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la nulidad del traslado realizada el 23 de septiembre de 1994, por la indebida y nula información que suministró el fondo privado. Se condene a Colpensiones, Protección y Porvenir realizar las gestiones administrativas pertinentes, a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, al pago de las Costas y gastos en derecho y todas las condenas que resulten probadas extra y ultra petita. (fols. 1 a 2)

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Nació el 27 de febrero de 1963; se afilió al ISS hoy Colpensiones desde el 19 de noviembre de 1981; el día 23 de septiembre de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual, sin la suficiente ilustración por parte del

fondo, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario. Cotizó un total de 1.780 semanas.

Frente a esas pretensiones, **PORVENIR** Se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Al considerar que es extraño que 17 años después de haberse trasladado al RAIS, aduzca que no se cumplieron los requisitos del traslado; para que sea procedente declarar la nulidad es necesario demostrar que la AFP omitió su deber de información y en el presente proceso no existe sustento probatorio; que evidencie vicio en el consentimiento expresado al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación, es más la selección de cualquiera de los regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria el cual esta manifestado por escrito al momento de la vinculación o del traslado. No hay lugar a aplicar el precedente jurisprudencial.

Presentó las excepciones de mérito 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, innominada o genérica. fls. 102-108)

PROTECCIÓN al contestar la demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Señaló que la actora no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustenten una nulidad de traslado, de igual forma no establece cual es la naturaleza de la nulidad que pretende, se deduce que la nulidad que solicita es la relativa pues no se cumplen los supuestos para una nulidad absoluta; en ese sentido es claro decir que no se encuentra probada la existencia de un vicio de consentimiento; como lo son error, la fuerza y el dolo, lo que debe tenerse con las manifestaciones es hechas es que sus pretensiones las fundó en un error de derecho el cual no vicia el consentimiento.

Presentó las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación. (Fls 135 a 149)

La entidad **COLPENSIONES** se opuso a todas argumentando que la demandante no probó error, fuerza o dolo a la afiliación que llegare a viciar su consentimiento a la hora de afiliarse al RAIS, existió plena voluntad pues por decisión propia solicitó traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se ve ratificada con los casi 20 años que ha realizado sus cotizaciones al RAIS; de igual manera el Decreto 692 de 1994 en su artículo 11 establece que la selección de régimen pensional implica la aceptación de las

condiciones propias de este para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez o muerte.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fl. 167 a 185).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 20 de enero de 2020, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó dentro de la oportunidad legal, la parte demandante el recurso de apelación, indicando en síntesis que la AFP no brindó la información necesaria lo cual llevó a que la demandante tomara una mala decisión, aunado a que la obligación de suministrar información existe desde la expedición de la Ley 100.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad de afiliación de la demandante.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 37, cédula de ciudadanía, nació el 27 de febrero de 1963.
- A folios 38 a 47 y 153 a 157, historia laboral.
- A folios 48 a 51, proyección de mesada pensional.
- A folio 110, formulario de afiliación a Porvenir S.A. de 2 de mayo de 2003.
- A folio 111, historia de vinculación expedido por Asofondos.
- A folios 124 a 15, comunicados de prensa.
- A folio 150, formulario de traslado realizado a Colmena el 23 de septiembre de 1994.
- A folios 190 a 191, historia laboral expedida por Colpensiones.
- A folio 194, expediente administrativo en medio magnético.

- A folio 230, Interrogatorio de Parte Demandante (Min 5:42 A 31:03)

Marco Normativo y Jurisprudencial

Sentencia STL 9981-2021 de 4 de agosto de 2021, radicación 63578.

Caso Concreto

La sentencia STL 9981-2021 proferida en el expediente identificado con el número de radicación n.º 63578 de 4 de agosto de 2021, señala en la parte resolutive lo siguiente:

“PRIMERO: CONCEDER la tutela del derecho fundamental al debido proceso de **ANA ISABEL HORTUA CAMARGO**.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la decisión de 11 de marzo de 2020, para en su lugar, ordenar a la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera una nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
...”

El mencionado fallo, en la parte motiva en síntesis, señaló:

“... que, la elección de cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las Administradoras de Pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene o no un derecho consolidado, o si está próxima a pensionarse.

De ahí que, sea importante traer a colación la sentencia CSJ SL1452-2019, en la que se reiteró otros pronunciamientos en igual sentido, proveído en que se hizo un análisis exhaustivo respecto de la ineficacia de los traslados de regímenes pensionales, en lo atinente a los siguientes aspectos, los cuales se han venido replicando en diversas sentencias de esta Sala:

(1) [L]a obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de

afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.

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

Para finalmente, concluir que:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

Respecto al segundo punto, se definió que, el simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación, resulta insuficiente, pues existe la obligatoriedad de un consentimiento informado, en tanto que *«la firma del*

formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado».

Frente al punto tercero, referente a la carga de la prueba, se expuso que «el artículo 1604 del Código Civil establece que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. (...) Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. (Subrayado fuera de texto).

Finalmente, en lo que corresponde al cuarto punto, respecto de que sólo es procedente la ineficacia del traslado cuando el afiliado tiene el derecho causado o es beneficiario del régimen de transición, se precisó que «[t]al argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información».

De ahí que, anotó:

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ

SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

...”

En ese orden de ideas, atendiendo la orden de tutela de emitir una sentencia teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva, se impone revocar la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar la ineficacia del traslado con las consecuencias que acarrea.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 20 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar:

1.1. DECLARAR que el traslado al RAIS fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

1.2 DECLARAR que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida a cargo de Colpensiones y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad.

1.3 ORDENAR a PORVENIR a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos e intereses, sin

que haya lugar a autorizar a dicha AFP a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Y a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

1.4 ORDENAR a Colpensiones a recibir el traslado de fondos a favor del actor y convalidarlos en la historia laboral, para efectos de la suma de semanas a que haya lugar en ese régimen pensional.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: REMÍTASE de manera inmediata copia de la presente sentencia a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral con la referencia de *“Cumplimiento de la sentencia con la radicación n.º 63578 de 4 de agosto de dos mil veintiuno (2021) Acción de tutela instaurada por ANA ISABEL HORTUA CAMARGO contra la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ y el JUZGADO TREINTA Y OCHO LABORAL DEL CIRCUITO de esa ciudad, trámite al cual se vinculó a las partes e intervinientes en el proceso ordinario laboral con radicado n.º 2017-00545.”*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARIA RUBY GONZALEZ CORDERO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2019 00041 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a cumplir la orden de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia STL 10020-2021 proferida dentro de la acción de tutela identificada con la radicación n.º 63832 emitida el 4 de agosto de dos mil veintiuno (2021), teniendo en cuenta las consideraciones de dicho fallo.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la ineficacia y la nulidad al régimen de ahorro individual, que tiene derecho a regresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, en consecuencia, se condene a Protección S.A a trasladar los aportes a Colpensiones, a Colpensiones a recibir los aportes por parte de Protección, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Inició sus cotizaciones en pensiones desde el 22 marzo de 1988 en el seguro social hoy colpensiones. En el año 2001 se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual. Al momento de la asesoría por parte de Protección no se le explicó los beneficios y riesgos de trasladarse entre regímenes. Al momento de la asesoría se manifestó de forma fraudulenta y

engañoso que le era más beneficioso estar en el régimen de ahorro individual que en el de prima media porque su pensión iba a ser más elevada. Mediante radicado 3322501-R7Q1H4 del 25 de octubre de 2018, protección le negó el traslado y mediante radicado BZ2018-12659313 el 5 de octubre de 2018, Colpensiones negó el traslado.

Frente a esas pretensiones, PROTECCIÓN manifestó que la afiliación es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, que debe tenerse en cuenta el formulario de vinculación suscrito por la actora el cual demuestra que su escogencia de régimen lo realizó de forma libre y espontánea, dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños; pues la actora tuvo la suficiente ilustración para que optar por el traslado, desvirtuando de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se hizo en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Adicionó que el error obre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

En el caso en particular es más beneficioso estar en Protección puesto que solo necesitaría acreditar 1150 semanas para acceder a una garantía mínima, en cambio que en Colpensiones debería acreditar 1300 semanas, es decir debería de seguir trabajando y aportando al sistema más tiempo en RPM que en el RAIS.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y el sistema general de pensiones; prescripción, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e innominada o genérica.

La entidad **COLPENSIONES** se opuso a todas argumentando A la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal ya que le hacen falta menos de 10 años para adquirir sus derechos pensionales, y en consecuencia no es posible efectuar el traslado o retorno al régimen de prima media conforme con lo señalado en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, para no desfinanciar el sistema y no e beneficiaria del régimen de transición.

Presentó las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir; inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción e innominada o genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 3 de febrero de 2020, declaró la nulidad de la afiliación realizada a

Protección, condenó a Protección a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado y condenó en costas a Protección.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

Colpensiones: La declaratoria de nulidad afecta el régimen de solidaridad.

Protección: no hay lugar al traslado de los gastos de administración igualmente debe verificarse que a la demandante le es más beneficioso el RAIS

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad de afiliación de la demandante.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 10, cedula de ciudadanía.
- A folios 13 a 17 Y 74 a 82, historia laboral expedida en Protección.
- A folios 18 a 19, historia laboral expedida por Colpensiones.
- A folio 69, formulario de traslado del 1 de agosto de 2001 a Santander.
- A folio 70, historia de vinculación expedido por Asofondos.
- A folios 71 A 72, historia laboral para bono pensional.
- A folios 85 a 87, comunicados de prensa.
- A folio 121, interrogatorio de parte de la demandante (min. 5:52 a 13:16)

Marco Normativo y Jurisprudencial

Sentencia STL 10020-2021, radicación 63832 de 4 de agosto de 2021.

Caso Concreto

La sentencia STL 10020-2021 proferida en el expediente identificado con el número de radicación n.º 63832 de 4 de agosto de 2021, señala en la parte resolutive lo siguiente:

PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, administración de justicia y debido proceso de MARÍA RUBY GONZÁLEZ CORDERO.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 6 de julio de 2020, para en su lugar, ordenar a la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, que en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha que reciba el expediente, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

...”

El mencionado fallo, en síntesis, señaló:

“... [La] Sala de Casación Laboral, especialmente, de las sentencias CSJ SL1452-2019 y CSJ SL4426-2019, en la que se realizó un análisis exhaustivo, respecto a la ineficacia de los traslados y se estableció que el formulario no resultaba suficiente para demostrar el consentimiento informado y que en estos casos se debía invertir la carga de la prueba, de suerte que a la demandante no le correspondía demostrar o acreditar la falta del deber de información, tal y como entendió el colegiado.

Al respecto, en fallo CSJ SL4426-2019, frente a la suscripción del formulario preimpreso y su entidad de probar el consentimiento libre e informado, esta Corporación sostuvo:

De otra, porque **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*. (Negrilla fuera del texto).

Sobre el particular esta Sala ha sentado un precedente consistente, en sedas providencias que datan de 2008 y, recientemente, entre otras, en 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, 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.

A su vez, ... en lo atinente a que la demandante debió demostrar el vicio del consentimiento, comoquiera que, en la providencia referida, se indicó:

[...]el Tribunal, lacónicamente afirmó que María Adalgiza Jiménez no demostró ni alegó que hubiere sido constreñida u obligada a firmar el formulario de afiliación. Dicha aseveración es errónea por varias razones. De una parte, porque mal podría la demandante acreditar algo que no invocó. Así, incurrió en un primer error porque pese a que analizó la demanda y entendió que la actora no acusó que fue constreñida u obligada a suscribir dicho documento, echó de menos la prueba de un supuesto fáctico inexistente en la litis.

(...)

Por último, en lo que al primer planteo corresponde, también erró el ad quem cuando echó de menos la prueba que en su criterio debía aportar la accionante, pues quien debía demostrar que cumplió con el deber insoslayable de información, por tratarse de un derecho mínimo y de una garantía consagrada en el ordenamiento jurídico en favor del trabajador afiliado al régimen de pensiones, era el fondo privado de pensiones mas no la demandante (art. 13 CST).

En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que *no recibió información*, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Esa visión de la inversión de la carga de la prueba, también tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», de donde sigue la conclusión incontestable que corresponde al fondo de pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Y es que no puede ser de otra manera, en cuanto no es dable exigir a quien está en desventaja probatoria el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un desatino, en la medida que (i) la

afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Además, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

Conforme lo anterior, el Tribunal cometió un tercer error al exigirle a la accionante el deber de demostrar los hechos en los que fundamentó su pretensión y, a la vez, al eximir a la administradora accionada de la carga de probar el cumplimiento de su deber de información, imperante desde 1993 y vigente a la data de afiliación de María Adalgiza Jiménez en agosto de 2000.

Igualmente, ... en relación a que el desconocimiento de la ley no es excusa y, por ende, el mismo «no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, pues las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley», ... ha sostenido de manera pacífica que el deber de información recae estrictamente en las AFP (...). Recuérdese que mediante sentencia CSJ SL CSJ SL1452-2019, se puntualizó:

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

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto

complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

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

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (fallo CSJ SL1452-2019).

Lo anterior, con el fin de lograr la mayor **transparencia**, que:

Impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro. (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).

Adicionalmente, ...

A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito. (sentencias CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017 y SL4964-2018).

Y es que, el deber de información a cargo de la AFP, exigible para la época del traslado –año 2001-, no solo se limita a que se indique de manera genérica que un régimen es mejor que otro, sino que las normas vigentes para la fecha exigían que se diera a conocer «*la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*» (numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993).

Finalmente, en cuanto al argumento ... que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, concluye la Sala que este planteamiento no tiene el alcance de mantener incólume el fallo cuestionado, comoquiera que los argumentos centrales de la sentencia restringen y contrarían las reglas jurisprudencias sobre la ineficacia del traslado, máxime que, en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas”.

En ese orden de ideas, atendiendo la orden de tutela con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia, se impone modificar la sentencia de primera instancia en el sentido de señalar que se declarara la ineficacia del traslado.

En relación con el punto de apelación de PROTECCIÓN respecto de los gastos de administración, en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de

julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 3 de febrero de 2020 por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado y se confirma en lo demás la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

TERCERO: REMÍTASE de manera inmediata copia de la presente sentencia a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral con la referencia de “*Cumplimiento de la sentencia con radicación n.º 63832 del 4 de agosto de dos mil veintiuno (2021) Acción de tutela presentada por MARÍA RUBY GONZALEZ CORDERO contra la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ*”

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ELEUS GONZAGA MARTINEZ SOTO

DEMANDADO: SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO
ORIENTE ESE HOSPITAL SANTA CLARA

RADICADO: 11001 31 05 019 2017 00189 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a cumplir la orden de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia STL 10015-2021 proferida dentro de la acción de tutela identificada con la radicación n.º 63740 emitida el 28 de julio de dos mil veintiuno (2021), teniendo en cuenta las consideraciones de dicho fallo.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato laboral desde el 1º de agosto de 2013 hasta el 30 de junio de 2016, el cual terminó el empleador de forma unilateral sin justa causa; que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a pagar al demandante la indemnización correspondiente por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa a partir del 1º de julio de 2016; a todas las sumas adeudadas por cesantías teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal a del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, que la estableció, y en conformidad con lo previsto por el literal a) del artículo 13 de la Ley 344 de 1996; a todas las sumas adeudadas por concepto de intereses de cesantías

correspondientes desde el 1 de julio de 2016 hasta cuando realice el pago; vacaciones, primas de servicios, primas de navidad, prima de junio, prima de antigüedad, prima de vacaciones, prima de antigüedad mensual, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, horas extras, recargos dominicales y festivos de conformidad con los artículos 8 del Decreto 3135 de 1968, 2 de la Ley 72 de 1931, 3 del Decreto 2939 de 1994, y 4 del Decreto 484 de 1944; al reconocimiento y pago de todas las prestaciones de carácter convencional devengados por un celador de conformidad con la convención colectiva vigente desde el 1º. de agosto de 2013 hasta el 30 de junio de 2016; a pagar a favor del demandante, la retención en la fuente, ICA, riesgos profesionales que fueron descontados en sus contratos, horas extras; al reembolso de los aportes a pensión, salud y demás prestaciones sociales que según las normas legales y vigentes regulen a la entidad pública Hospital Santa Clara III Nivel ESE, sede Bogotá, en esta materia; a pagar un día de salario por cada día de mora en el pago de las deudas laborales de conformidad con el artículo 1º. del Decreto 797 de 1949 en cuantía equivalente al salario devengado por un celador a partir del 1º. de julio de 2016; a la actualización monetaria de conformidad con el inciso final del artículo 48 de la Constitución Nacional; a las costas y a lo ultra y extra petita.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: laboró mediante contrato de prestación de servicios ininterrumpidos en el Hospital Santa Clara ESE III Nivel; desde el 1º. de agosto de 2013 hasta el 30 de junio de 2016; el demandante cumplía el horario señalado por la entidad demandada, en turnos de 12 horas desde las 6:00 a.m hasta las 6:00 p.m.; ejerció sus labores personalmente y recibió un salario por sus servicios; todas las horas trabajadas se contaban como horas ordinarias, sin recargos de ninguna naturaleza a pesar de ser en horas nocturnas, y algunos en días domingos y festivos; el demandante tenía como jefes inmediatos a la señora Nancy Mora y al señor Julio Roberto Murillo Murillo, entre otros, de quienes recibía órdenes, que junto con el cumplimiento de horarios configuraron en la realidad su prestación de servicios en una relación de dependencia y subordinación de tipo laboral; la labor desempeñada por el demandante fue como celador, cargo que existe dentro de la planta de personal de la entidad; el 21 de diciembre de 2016, formuló derecho de petición para solicitar el pago de sus prestaciones sociales y las indemnizaciones a que hubiere lugar; la doctora Martha Yolanda Ruíz Valdés gerente del Hospital Santa Clara III Nivel ESE mediante oficio No. E-57/2017 de 3 de enero de 2017, dio respuesta al derecho de petición negando el pago de las acreencias laborales, quedando agotada la vía gubernativa. (fls. 3-8)

El demandado **Hospital San Clara E.S.E. hoy Sub Red Integrada de servicios de Salud Centro Oriente ESE** se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el demandante prestó su servicios a la Institución como contratista independiente, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, por lo cual no existe una relación de carácter laboral, pues expresamente en el contrato se pactó la ausencia de relación laboral; el demandante era contratista independiente y por ello no se le adeuda suma alguna por los conceptos que aduce, tales como vacaciones, primas de servicios, primas de navidad, primas de junio, prima de antigüedad, prima de antigüedad mensual, prima de vacaciones, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, horas extras, recargos y festivos, cesantías, intereses a las cesantías y menos a la indemnización pedida, porque como se insiste entre las partes no hubo relación de carácter laboral. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe de la demandada y enriquecimiento sin causa. (Fls.120-130)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de marzo de 2020, declaró que entre las partes existió un vínculo laboral regido por un contrato de trabajo vigente cuyo extremo va entre el 1º. de agosto de 2013 hasta el 30 de junio de 2016; devengando como último salario la suma de \$1'201.525; condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor del demandante: auxilio de cesantías (\$ 3'604.575) reconocida con fundamento en lo establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978; prima de servicios (\$3.137.315) artículo 58 del Decreto 1042 de 1978; vacaciones (\$216.274,5) artículo 02 de la Convención Colectiva; auxilio de alimentación (\$216.274,5) artículo 03 de la Convención Colectiva; condenó a la demandada a pagar el porcentaje que corresponda de los aportes, con base en el salario acreditado en juicio, como excedente entre el valor consignado por el trabajador referido y el monto que se desprenda de aplicar como ingreso base de cotización el salario real devengado por el mismo, entre el 1º. de agosto de 2013 y el 30 de junio de 2016; para lo cual se solicitará al fondo al cual se encuentra afiliado el demandante, que realice el cálculo actuarial, con el fin que la demandada efectúe los pagos correspondientes; condenó a la demandada a reconocer y a pagar a favor del demandante la sanción dispuesta en el artículo 1º. del Decreto 797 de 1949, correspondiente a un día de salario (\$42.000) a partir del 1º. de octubre de 2016, es decir, 90 días después de finalizado el contrato de trabajo y hasta

que se verifique el pago; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra; costas a cargo de la parte demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Las partes dentro de la oportunidad legal correspondiente interpusieron recurso de apelación conforme a los siguientes argumentos:

Demandante: i) se modifique el valor del último salario percibido por el de \$1.440.944, para así modificar el valor de las prestaciones sociales condenadas, **ii)** se declare que la terminación del contrato se realizó manera unilateral por lo cual tiene derecho al pago de la indemnización establecida en la convención colectiva, **iii)** se condene al pago de la dotación, intereses a las cesantías, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos,

Demandada Hospital Santa Clara hoy Sub red Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE, se revoque la sentencia por cuanto **i)** no existe relación laboral entre las partes, **ii)** el actor no es beneficiario de la convención colectiva **iii)** la demandada actuó de buena fe por ende no es procedente la condena por indemnización moratoria y **iv)** se recibe la prosperidad de la excepción de prescripción.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandante presentó alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 9, cedula de ciudadanía del demandante que da cuenta nació el 14 de agosto de 1950.
- A folios 10-12, respuesta a solicitud certificaciones, 8 de octubre de 2016.
- A folios 12-24, 146-182, 187, 199, contratos por prestación de servicios, otro si y actas de liquidación.
- A folios 25-29, 183-186, 188-198, 200-226, cuentas de cobro-supervisión de los contratos, recibos de pago y planillas de seguridad social.
- A folios 30-31, derecho de petición dirigido a la demandada.

- A folios 33-35, 140-143, respuesta ha radicado 20161410249042- Reclamación Administrativa. Pago acreencias laborales y/o prestaciones sociales.
- A folios 36-110, registros de entrada y salida del demandante.
- A folio 111, protocolo para el radioperador a cargo de la línea interna de emergencias.
- A folio 112, puesto de servicio: recorredor.
- A folio 113, Circular del Hospital No. 001/2010.
- A folio 144, hoja de vida del demandante.
- A folio 145, declaración juramentada de bienes y rentas y actividad económica privada persona natural.
- A folios 244 – 245, convenciones colectivas en medio digital.
- Interrogatorio parte demandante y testimonio señor Martín Castro.

CASO EN CONCRETO

Del contrato de trabajo extremos

Solicitó el actor del juicio que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 1º. de agosto de 2013 hasta el 30 de junio de 2016, pretensión que salió avante por lo cual la demandada manifestó su oposición.

Sea lo primero indicar que en los términos del artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos: **(i)** la prestación personal del servicio, **(ii)** la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador y, **(iii)** un salario como retribución. A su vez, el artículo 3º del ordenamiento en cita dispone que "*... una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera*".

En el caso de autos, el actor fue vinculado bajo sendas órdenes de prestación de servicios conforme a la preceptiva de la Ley 80 de 1993, que, si bien es válida, en su desarrollo pueden presentarse los elementos y características de un contrato de trabajo, situación que se extrae de la realidad de la relación y, que debe preferirse frente a los datos aparentes que ofrezcan los

documentos o contratos, con apoyo en el principio constitucional de primacía de la realidad.

A su vez, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, norma que se aplica a la ESE, por disposición del numeral 5° del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, dispone:

«Artículo 26°.- Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. (...)

Parágrafo. trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. (...)

Conforme con el recurso de alzada, esto es, que en el presente caso no se configura la existencia de un contrato de trabajo porque la vinculación entre las partes fue a través de un contrato de prestación de servicios, le corresponde a la Sala examinar si existió la subordinación requisito propio de los contratos de trabajo para así dar aplicación a las normas que regulan la actividad de los trabajadores oficiales.

Del testimonio del señor Martín Castro, se establece que fue compañero de trabajo del actor cuando ambos laboraban en el área de mantenimiento y ejercían las mismas funciones bajo subordinación de los arquitectos o ingenieros, que una vez entró la SUBRED los dividieron y a él lo enviaron a otro lado, que tiene entendido que el actor paso a ser guarda de seguridad.

Igualmente, del acervo probatorio arrojado al expediente se evidencia que la prestación del servicio tenía por objeto "APOYO A LA GESTIÓN DE ACTIVIDADES PARA EL PROCESO DE MANTENIMIENTO DE OBRA" y en la CLAUSULA SEGUNDA se definen las ACTIVIDADES: 1. Realizar las actividades preliminares como cerramientos provisionales, retiro de equipos e inmuebles para la ejecución de la adecuación de espacios. 2. Realizar el aseo y desinfección de las áreas de trabajo con el propósito de evitar la contaminación y la diseminación de infección 3. Localizar y replantear las adecuaciones en el área que se va a intervenir con el fin de determinar las actividades a ejecutar. 4. Solicitar al área correspondiente los materiales requeridos para la realización de la obra 5. Realizar actividades de obra gris y acabados con el fin de cumplir con la programación establecida 6. Aplicar

los procedimientos de bioseguridad, salud ocupacional, gestión ambiental y calidad con el fin de disminuir los riesgos, 7. Velar por el buen uso de los equipos y herramientas.”, actividades que necesariamente eran dirigidas por el personal del hospital Santa Clara, lo que desvirtúa la actividad independiente y autónoma de un contratista.

Dado que la entidad demandada es una entidad pública se debe determinar la calidad de servidor público y para ello se debe dar aplicación al artículo 26 de la Ley 10 de 1990, que reorganizó el Sistema Nacional de Salud y clasificó los empleos “para la organización y prestación de los servicios de salud”, determinando en su parágrafo que son trabajadores oficiales “quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones”.

En consecuencia, para la categorización de quienes laboran al servicio de las Empresas Sociales del Estado se acogió como principio general de clasificación el criterio orgánico, es decir, que es la naturaleza jurídica de la entidad la que determina el carácter de la vinculación de sus empleados, acudiendo de manera excepcional al criterio funcional, consultando la naturaleza de la labor desempeñada, para calificar como trabajadores oficiales a quienes desempeñen cargos no directivos de servicios generales.

Sobre este punto, es del caso recordar que la condición jurídica de empleado público o trabajador oficial no obedece a la voluntad de las partes, sino a la precisión legal respecto de la entidad a la cual se presta el servicio y a la naturaleza de éste, criterios que han sido objeto de innumerables pronunciamientos jurisprudenciales que puntualmente han enseñado que aún en el evento de haberse vinculado a un empleado público a través de un “contrato de trabajo”, este aspecto formal no varía su verdadero estatus jurídico, y por el contrario, si un trabajador oficial es vinculado al servicio oficial por un acto legal y reglamentario o por otro distinto al contrato de trabajo, su condición jurídica no se modifica, pues es la ley la que determina la naturaleza jurídica de los empleos y las categorías de servidores del Estado.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de abril de 2005, Rad. No. 24968, expuso con voz de autoridad, lo siguiente:

“Es reiterada la doctrina de la Sala que la condición de un servidor público como trabajador oficial ora como empleado público, no se difiere

por acuerdos voluntarios, por normas convencionales, por resoluciones o decretos administrativos sino exclusivamente por la Ley.”

Ahora, el concepto y alcance de la expresión “Servicios Generales” se determina de conformidad con lo señalado por el código 605005 del artículo 3° del Decreto 1335 de 1990, cuando establece la naturaleza y las denominaciones de los cargos que desempeñan las personas dedicadas a estos oficios en un establecimiento o centro de salud, de la siguiente manera:

“AYUDANTE DE SERVICIOS GENERALES - 605005

“1. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO

“Ejecución de trabajos operativos encaminados a facilitar la prestación de los servicios generales en una institución de salud.

“2. FUNCIONES

*“- **Asear y desinfectar salas de cirugía, laboratorios, anfiteatros, consultorios médicos y demás instalaciones locativas que se le asignen, siguiendo procedimientos establecidos.***

“- Lavar manual o médicamente y hacer el planchado y ordenamiento de la ropa limpia para distribución posterior.

“- Recolectar desechos de materiales provenientes de laboratorios, cocina, talleres, jardines y demás dependencias de la institución.

“- Trasladar pacientes en camillas y colaborar en su movilización.

“- Colaborar en la repartición de alimentos, bebidas y similares.

*“- **Prestar servicios de vigilancia** y responder por lo bienes muebles, inmuebles y demás a su cargo.*

“- Prestar servicio de mensajería que le sea asignado por el jefe inmediato.

“- Cargar y descargar mercancías, materiales y otra clase de elementos que entren o salgan de la institución.

“- Realizar actividades de jardinería.

“- Accionar ascensores para el transporte de pacientes, personal del hospital y público en general.

“- Reparar las prendas que se dañen en uso, de acuerdo a instrucciones recibidas.

“- Colaborar en oficios varios en almacenes, economatos, restaurantes y demás dependencias en que se requieran sus servicios.

“- Las demás funciones que le sean asignadas y sean afines con la naturaleza del cargo”.

Luego, se establece que la naturaleza del vínculo que existió entre las partes obedeció a una verdadera relación laboral en la modalidad de contrato de trabajo y, en consecuencia, se encuentra acertada la conclusión de la juez unipersonal en cuanto a que entre las partes fue ejecutado un contrato de trabajo entre el **1 de agosto de 2013 y el 30 de junio de 2016**, aunado a que no se desvirtuó la subordinación que se activó a favor de la demandante en virtud del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945.

En consecuencia, se **confirmará** la decisión de primera instancia.

De la aplicación de la convención colectiva

Conforme a lo establecido en el artículo 471 numeral 1 del CST, modificado por el artículo 38 del Decreto 2351 de 1965. Al *sub lite*, se allegó convenciones colectivas de trabajo suscritas entre el Hospital Santa Clara y las organizaciones sindicales SINTRASALUD, AGROCONDUCTORES y SINTRADISTRITALES, desde 1995 hasta 2021 (fols. 244 y 245), se previó su aplicación a los trabajadores oficiales vinculados a las Empresas Sociales del Estado (Hospitales), igualmente se allegó el compilado de las convenciones vigentes para los años 2012 a 2016.

En este orden, y conforme con la compilación de las convenciones visible a folio 245 del expediente, está se aplica a todos los trabajadores oficiales de la entidad, independientemente que estuvieran sindicalizados o no, por ello, proceden los beneficios extralegales y, en consecuencia, no está llamado a prosperar el argumento del recurso.

Salario

Respecto de la declaratoria de que el último salario devengado por el actor correspondía a \$1.440.944, superior al señalado por el Juez de primera instancia, se debe precisar que si bien el contrato de prestación de servicio suscrito para el año 2016 indica que el salario devengado sería la suma de \$1.440.994 mensuales, se evidencia en la pretensión sexta sustentada en el salario devengado por un celador, al igual que la pretensión novena, sin que se encuentre facultado el tribunal para conceder pretensiones extra o ultra petita ya que de conformidad con el artículo 50 del CPTySS se encuentran consagradas para el juez de primera instancia, aunado a que el salario que ordenó tener el juez de primera instancia y pretendido por la parte demandante se acredita con la constancia expedida por la entidad (fl. 10).

Indemnización por despido sin justa causa

Respecto de la indemnización por despido sin justa causa, es de anotar que la jurisprudencia ha señalado que le compete al demandante demostrar el despido y a la demandada la causa del mismo; una vez revisado el material probatorio no se logra establecer que la desvinculación del accionante se hubiera dado por la decisión arbitraria y unilateral del Hospital Santa Clara hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE demandada, en razón a que el deponente de cargo no dio razón de ello, sin que de la valoración en conjunto del acervo probatorio acreditado en el plenario medie las razones de modo, tiempo y lugar para colegir con certeza que la entidad hubiese terminado el contrato, nótese que ni siquiera se constituye en un hecho de la demanda.

Así las cosas y al no encontrar acreditado el hecho del despido, no es posible atribuirlo a la voluntad unilateral de la entidad demandada, en especial si se tiene en cuenta que el hospital contratante fue fusionado a la hoy entidad demandada tal y como se observa en el Acuerdo 641 de 2016 (fl. 132-137) lo que trae como consecuencia, que se **confirme** la sentencia de primera instancia en este punto.

Adicionalmente, se debe recordar que la carga de la prueba sobre el hecho del despido le correspondía al demandante tal como lo ha señalado la jurisprudencia, incumpliendo con tal carga la parte actora.

Excepción de Prescripción

Es necesario resolver el argumento de la alzada en donde el apoderado de la demandada señala que las pretensiones se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, sea lo primero señalar que la relación laboral estuvo vigente desde el 1º. de agosto de 2013 hasta el 30 de junio de 2016; la juez de primera instancia declaró el fenómeno de la prescripción respecto de las acreencias causadas con anterioridad al 21 de diciembre de 2013 a excepción de las cesantías y vacaciones, de las pruebas se tiene que el actor reclamó vía administrativa el 21 de diciembre de 2016 (fol. 30-31), y, radicó la presente demanda ordinaria el 13 de marzo de 2017, como da cuenta el acta de reparto visible a folio 1, por ello, el medio extintivo propuesto se configuró respecto de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 21 de junio 2013, tal y como lo señaló la Juez de primera instancia por lo cual se **confirmará** la decisión.

Intereses de cesantías

En lo que respecta a los intereses a las cesantías, si bien no existe norma legal que imponga los intereses a las cesantías a favor de los trabajadores oficiales, es de anotar que en la compilación de las convenciones colectivas en el parágrafo del artículo 38 se indicó que los trabajadores vinculados a partir del año 2002 tendrán el régimen especial de cesantías previsto en la ley 50 de 1990, como en esta norma se prevé el pago de intereses de cesantías hay lugar a imponer dicha condena.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas se tiene la siguiente suma:

AÑO	SALARIO	INTERESES
2013	\$ 1.009.851	\$ 40.394
2014	\$ 1.055.294	\$ 126.635
2015	\$ 1.109.748	\$ 133.170
2016	\$ 1.201.525	\$ 71.691
TOTAL		\$ 371.890

Horas extras, dominicales y festivos

La jurisprudencia pacífica y reiterada ha adocinado que cuando lo pretendido es el reconocimiento y pago de tiempo suplementario, los medios de prueba sobre los que se apoye la decisión deben ser definitivos, claros y precisos, pues, al operador judicial no le es dable hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para deducir un número probable de horas extras trabajadas o laboradas.

En la convención colectiva 2004 - 2006, el artículo 5 (fl. 245) señala que la jornada de trabajo será de 44 horas semanales sobre el cual solo se reconoce tiempo suplementario al que exceda dicho número de horas.

Si bien el demandante presentó las planillas de puestos y horarios de trabajo del Hospital Santa Clara ESE, Área de mantenimiento y Servicios Generales, donde figura el demandante, las minutas de portería, reporte de control de descanso no se puede establecer cuáles eran las horas extras, porque de dichos documentos no se puede determinar la efectiva prestación del servicio en los horarios y en las fechas en que fue programado, por lo cual se **confirmará** la decisión de primera instancia.

De la dotación

Sobre la dotación sea lo primero indicar que si bien está se encuentra establecida en el artículo 41 de compendio de las convenciones colectivas como elementos y ropa de trabajo, debe aclararse que conforme lo ha reiterado insistentemente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral (sentencia SL1486-2018, de 11 de abril de 2018, radicación 44034), resulta improcedente suministrar las mismas en especie cuando el contrato ya ha fenecido, ya que estas debieron ser entregadas en especie y no en dinero como lo pretende el recurrente porque son para el uso de las actividades encomendadas.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en Sentencia, mediante sentencia STL 10015-2021, radicación 63740, de 28 de julio de 2021, decidió:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso invocado por **ELEUS GONZAGA MARTÍNEZ SOTO**, por las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DEJAR sin valor legal ni efecto alguno la decisión adoptada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 26 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral, promovido por Eleus Gonzaga Martínez Soto en contra del Sub Red Integrada de Servicios de Salud Centro Orientes- Hospital Santa Clara III Nivel E.S.E.”

Decisión emitida en virtud de la acción constitucional contra la sentencia proferida el 28 de julio de 2021 por el Tribunal mediante la cual se revocó la condena por indemnización moratoria.

La sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que ordena emitir una nueva sentencia teniendo en cuenta los razonamientos expuestos en ella, consideró respecto de la indemnización moratoria lo siguiente:

“el criterio ... señalado por [la] Sala de Casación en sentencia del 1.º mar. 2011, rad. 40932, ... [es el] siguiente:

No hay duda alguna de que la demandada no obró de buena fe, puesto que se abstuvo, a la finalización del contrato de trabajo, de reconocer y pagar al demandante las acreencias laborales que le correspondían, sin que pueda tomarse como excusa la vinculación formal bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios porque, como ya se vio en sede de casación, se hizo un uso indebido de esa forma de contratación estatal, para esconder una verdadera relación laboral, no con cualquier trabajador, sino con uno que desempeñaba un importante cargo en la Secretaría General, en la que ejercía funciones esenciales para el cumplimiento de la actividad de la empleadora.

Si la demandada iba a someter al actor al cumplimiento de un horario de trabajo, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 6 de 1945, ha debido vincularlo mediante un contrato de trabajo, sin que le fuera dable acudir a la celebración de varios contratos de prestación de servicios, que no están previstos, como lo explicó la Sala en las sentencias de que se ha hecho mérito en este fallo, para la vinculación de personas que deban desempeñar funciones de carácter permanente. Y si actuó en contra de un mandato legal, no puede concluirse que en la conducta laboral de la convocada al pleito existieran razones serias o atendibles configurativas de buena fe, que la exoneren de la condena a la sanción por mora.

La buena fe, se ha dicho siempre, equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe “quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud” (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, página 223,), como lo expreso la Sala de Casación Civil de esta Corte en la sentencia de 23 de junio de 1958.

Esa buena fe que la jurisprudencia ha encontrado en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949 y que le ha servido, si se halla suficientemente probada, para exonerar al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se le encuentra judicialmente responsable de la falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo, es la creencia razonable de no deber, pero no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada, pues aunque igualmente se ha admitido que corresponde a la que se ha dado en denominar buena fe simple, que se diferencia de la buena fe exenta de culpa o cualificada, debe entenderse, con todo, que es aquella que cabe definir como la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Y aquí lo que la Corte encuentra es la intención de la demandada de desconocer la realidad de una relación laboral, lo que en modo alguno puede ser demostrativo de buena fe.

Asimismo, este criterio frente a la buena fe del empleador cuando subsistieron contratos de trabajo por prestación de servicios, cuando en realidad se desarrolló uno de trabajo, ha sido reiterado ampliamente, entre otras, en sentencias CSJ SL 7 de feb. 2012, rad. 38863, CSJ SL 24 abr. 2013, rad. 40666, CSJ SL 22 en. 2013, rad. 40067, CSJ SL3229-2014, CSJ SL5642-2014, CSJ SL1012-2015, CSJ SL8936-2015, CSJ SL5523-2016, CSJ SL8652-2016, CSJ SL986-2019, CSJ SL4345-2020, CSJ STL8707-2020 CSJ 854-2021, CSJ SL2136-2021 y CSJ SL2971-2021.”

En cumplimiento de la sentencia de Tutela STL10015-2021 de 28 de julio de 2021, se confirmará la decisión de primera instancia, respecto a la condena a la indemnización moratoria.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida el 11 de marzo de 2020 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito

de Bogotá, respecto de imponer condena por intereses a las cesantías en un total de \$371.890.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en la presente instancia.

CUARTO: REMÍTASE de manera inmediata copia de la presente sentencia a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral con la referencia de *“Cumplimiento de la sentencia con la radicación n.º 63740 de 28 de julio de dos mil veintiuno (2021) Acción de tutela instaurada por **ELEUS GONZAGA MARTÍNEZ SOTO** contra la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, trámite que se hizo extensivo al Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá y a la Sub red Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente – Hospital Santa Clara III nivel E.S.E.”*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

(en uso de servicio concedido por la Presidencia del Tribunal)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado