



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

Proceso: 110013105034201700072 01

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GRACIELA BELLO CONTRERAS EN NOMBRE PROPIO Y EN REPRESENTACION DE LAS MENORES DANA VALENTINA Y MARIA FERNANDA GARZON BELLO Y NELSON ANDRES BUITRAGO BELLO EN CONTRA DE TOLDINI S.A.S. EN LIQUIDACION Y ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S.

Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

AUTO

Previo a proferir la sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., contra el auto de fecha veintisiete (27) de agosto de 2019, mediante el cual el Juzgado Treinta y cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró no probada la nulidad por indebida notificación, propuesta por esa misma accionada.

ANTECEDENTES

GRACIELA BELLO CONTRERAS, en nombre propio y en representación de las menores DANA VALENTINA y MARÍA FERNANDA GARZÓN BELLO y NELSON ANDRES BUITRAGO BELLO, promueven demanda ordinaria laboral en contra de TOLDINI S.A.S. EN LIQUIDACION y ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., para que previa declaratoria de responsabilidad civil, y, solidariamente, se condene a las demandadas, al pago del daño emergente, lucro cesante, daño inmaterial, en la modalidad de daño moral, a la vida de relación, y por afectación a derechos constitucionalmente protegidos, producto del accidente de trabajo sufrido por NELSON ANDRES BUITRAGO BELLO, el 6 de febrero de 2014, cuando éste se encontraba laborando para ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S, como trabajador en misión, prestando sus servicios, en TOLDINI S.A.S EN LIQUIDACION, lo que, le ocasionó una pérdida de capacidad laboral del 78.25% (fls. 271-283).

La demanda fue admitida por auto del 18 de enero de 2019, en el que se ordenó notificar personalmente a las demandadas (fl. 284).

TOLDINI S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, presentó escrito de contestación (fls.285-290), y mediante auto del 26 de junio de 2018, se tuvo notificado por conducta concluyente, dándosele por contestada la demanda, en la misma providencia (fls. 311-312).

ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., por su parte, pese al envió del citatorio y aviso de notificación (fls 298 -300 y 305 – 307), no compareció a notificarse personalmente, por lo que, el Juzgado, ordenó su emplazamiento, designándole curador ad litem, quien se notificó y contestó la demanda (fls. 311-312 y 352, 363-364); sin embargo, el 19 de octubre de 2018, esta demandada, compareció al proceso, a través de su apoderado general, quien también se notificó personalmente y presentó escrito de contestación de la demanda (fls. 362, 366-376).

Por auto del 12 febrero de 2019, se relevó al curador ad litem de su cargo, y, se dispuso no tener en cuenta el escrito de contestación presentado por éste; reconociéndose personería al apoderado general de ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., e inadmitiéndole su escrito de contestación (fl 399); subsanada la contestación de la demanda oportunamente, mediante auto del 31 de mayo de 2019, se tuvo por contestada y se señaló fecha para la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS (fl 420).

Surtida la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, sin que ninguna de las partes manifestara inconformidad alguna (fls 421-424), se practicaron las pruebas decretadas, y, dentro de la audiencia de trámite y juzgamiento, celebrada el 27 de agosto de 2019, previo a declarar cerrado el debate probatorio, el apoderado de la demandada ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., formuló incidente de nulidad, invocando la causal 8 del artículo 133 del CGP, por indebida notificación y emplazamiento, pues, el aviso de notificación que le envió la parte actora, no cumplía con los requisitos del artículo 292 de CGP, ni con los del 29 del CPTSS, ya que, en el mismo se indicó como naturaleza del proceso, la de un “*ejecutivo singular Quirografario de Menor cuantía*”, omitiéndose hacer la salvedad, que en caso de no comparecer a notificarse, le sería designado curador ad litem; además, en el edicto emplazatorio publicado, no se dejó constancia del auto que ordenó su emplazamiento, ni la fecha del mismo.

En ese orden de ideas, para la demandada ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., pese a haber comparecido al proceso, es necesario dejar sin valor y efecto, los autos, en los que se tuvo en cuenta la notificación por aviso y el nombramiento de curador ad litem, debiendo declarar como notificada por conducta concluyente (fls 430-431).

Corrido el traslado de ley, la parte demandante, se opuso a la prosperidad de dicha nulidad, indicando que, de haberse presentado algún error en la

notificación de la demandada ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., que condujera a la nulidad del proceso, la misma fue saneada con su comparecencia; además, tampoco fue alegada oportunamente, al contestar la demanda, ni dentro de la etapa de saneamiento del litigio, en la audiencia del artículo 77 del CPTSS.

DECISIÓN DEL PRIMERA INSTANCIA

La Juez de Primera Instancia, declaró no probada la nulidad propuesta por ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., al considerar que, la conformación del contradictorio se surtió de manera eficiente y prueba de ello, es que, esa demandada, tuvo la oportunidad de contestar la demanda y subsanarla dentro del término legal; se encuentra representada por su apoderado de confianza, sin que las actuaciones surtidas por el curador ad litem, designado por el Juzgado, le hayan afectado, pues, quedaron sin efecto, por expresa disposición del Despacho, en los autos correspondiente; además, las audiencias convocadas y el debate probatorio se surtieron con anuencia de la pasiva, sin que haya hecho uso las oportunidades procesales para alegar alguna causal de nulidad; de ahí que, si eventualmente se incurrió en algún yerro, en el trámite de su notificación, éste fue subsanado, por lo que, presentándose una carencia actual de objeto (fl 430-431).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la demandada ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., interpuso recurso de apelación, insistiendo en que, aunque haya comparecido al proceso, considera de vital importancia, que se declare la nulidad propuesta, teniendo en cuenta que la parte actora, no cumplió con la carga procesal de notificarla en debida forma, ni dentro del término legal, pues, son evidentes los errores en el aviso de notificación y el edicto emplazatorio, con los que queda demostrado que se incurrió en la causal de nulidad alegada.

La Juez de primera instancia, concedió el recurso de apelación, de manera conjunta con la apelación de la sentencia de primera instancia, que seguidamente profirió en la misma audiencia (fls 430-431).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Vencido el término concedido, las partes guardaron silencio.

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

CONSIDERACIONES

Punto álgido del recurso se centra en establecer si se configura o no, dentro del presente proceso, la causal de nulidad por indebida notificación, propuesta por la demandada ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., o si por el contrario,

se ajusta a derecho la decisión de la a-quo, que la declaró no probada, por carencia actual de objeto, al haberse saneado dentro del curso del proceso, sin que la demandada, la alegara oportunamente.

Sea lo primero indicar, que el instituto de las nulidades es expresión y desarrollo del derecho al debido proceso que establece el artículo 29 de la Constitución Política, tal y como ha sido reiterado en diversos pronunciamientos jurisprudenciales; en razón a ello, es deber de los Jueces, otorgar a las partes en litigio, todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, para ejercer el derecho de defensa y contradicción en debida forma; por ello, que el Legislador, otorgó a las partes, a través del artículo 133 del CGP, la posibilidad de alegar los vicios en que se incurra durante el trámite de un proceso, con miras a obtener la reparación del perjuicio que con estos ocasionen.

No obstante lo anterior, el ejercicio de dicha facultad no es ilimitado, todo lo contrario, se encuentra sometido a los trámites y las oportunidades prescritas por la ley, tal y como se consignan en el artículo 135 del CGP, según el cual las nulidades, no podrán ser alegadas por quien haya dado lugar al hecho que las origina, ni quien no la alegó como excepciones previas, habiendo tenido oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla.

Adicionalmente, de acuerdo a lo establecido por el artículo 136 del mismo Código, las nulidades se consideran saneadas, entre otras: “1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla. (...) 4. Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa”.

En el presente caso, se tiene que la causal de nulidad invocada por la demandada ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., es la establecida en el numeral 8 del artículo 133 del CGP, según el cual:

“ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

(...)

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.”

Al respecto, advierte la Sala, que si bien le asiste razón a la demandada ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., en cuanto a que, el aviso de notificación y la publicación del edicto emplazatorio, no cumplían con los requisitos fijados por los artículos 108 y 292 del CGP, pues, no se le indicó la naturaleza correcta del proceso, ni se le advirtió, de acuerdo a lo establecido por el artículo 29 del

CPTSS, que de no comparecer a notificarse, le sería designado un curador ad litem (fl 307); además, se omitió señalar el auto que se notificaba, así como la fecha del mismo (fl 346); lo cierto es que, tales circunstancias, no conducen a la declaratoria de la nulidad alegada, comoquiera que, esta demandada, actuó en el proceso, sin proponer dicha causal, oportunamente; saneando así cualquier vicio, que se hubiese presentado en su trámite.

Nótese como, ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., tuvo conocimiento del auto admisorio de la demanda, y, por ende, contó con la oportunidad procesal para notificarse personalmente, a través de su apoderado general (fl 362), presentar el escrito de contestación (fls 366 -376) y subsanación (fls 401-411) y asistir a las audiencias programadas en el curso de proceso, así como para proponer los recursos y nulidades que considerara procedentes, sin que, en ninguna de las oportunidades en que intervino, con anterioridad a la audiencia del 27 de agosto de 2019, se haya advertido causal de nulidad alguna; es más, pudo la accionada, ejercer su derecho de defensa y contradicción, sin que las falencias anotadas en el trámite de notificación, hayan afectado su derecho al debido proceso; en ese orden de ideas, se confirmará la decisión impugnada, por encontrarse ajustada a derecho.

Ahora bien, como el recurso de apelación contra el auto que declaró no probada la nulidad propuesta por ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., se concedió conjuntamente con la apelación de la sentencia proferida en este mismo asunto, en firme la presente decisión, vuelva el expediente al Despacho para resolver lo pertinente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá D. C. Sala Tercera de Decisión Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto impugnado de fecha veintisiete (27) de agosto de 2019, proferido por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia ante su no causación.

TERCERO: En firme la presente decisión, regrese al Despacho para resolver lo pertinente, respecto al recurso de alzada, interpuesto contra la sentencia proferida en este mismo asunto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

TEMA: Accidente de trabajo - Culpa del empleador e Indemnización del artículo 216 Del CST.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la demandada ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., contra de la sentencia proferida el 27 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **GRACIELA BELLO CONTRERAS** en nombre propio y en representación de sus menores hijas **DANA VALENTINA** y **MARIA FERNANDA GARZON BELLO** y **NELSON ANDRES BUITRAGO BELLO** contra **ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S.** y solidariamente contra **TOLDINI S.A.S. EN LIQUIDACION**.

ANTECEDENTES

GRACIELA BELLO CONTRERAS en nombre propio y en representación de sus menores hijas DANA VALENTINA y MARIA FERNANDA GARZON BELLO y NELSON ANDRES BUITRAGO BELLO, promueven demanda ordinaria laboral contra la sociedad ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S. y solidariamente contra TOLDINI S.A.S. EN LIQUIDACION, para que se condene a las demandadas al pago de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, pasado, consolidado y futuro, no consolidado, y lucro cesante, pasado, consolidado, futuro, no consolidado, más los perjuicios morales, daño a la vida en relación y daño por la afectación a derechos constitucionalmente protegidos, de los demandantes, causados por el accidente de trabajo sufrido por el actor NELSON ANDRES BUITRAGO BELLO, el día 6 de febrero de 2014, todo debidamente indexado, en aplicación de lo dispuesto en el art 216 del CST, junto con las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señalan que el 7 de enero de 2014, NELSON ANDRES BUITRAGO BELLO, suscribió contrato de trabajo, por obra o labor contratada, con ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., para desempeñar el cargo de auxiliar de Despachos, como trabajador en misión, en la empresa usuaria TOLDINI S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, devengando como salario el mínimo legal vigente para esa anualidad, esto es, la suma de \$616.000; sin que recibiera ninguna capacitación para realizar trabajo en alturas; tampoco le fueron entregados elementos de seguridad y protección personal, para desempeñar ese tipo de actividades; el 6 de febrero de 2014, cuando NELSON ANDRES BUITRAGO

BELLO, se encontraba cumpliendo la orden concreta de trasladar un mueble, cayó de una altura de más de 3 metros, lo que le produjo una pérdida de capacidad laboral del 78.25%; dentro de la investigación del accidente de trabajo, adelantada por la demandada ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., el siniestro se produjo por carencia de equipos de protección personal, falta de conocimiento y supervisión; debido al grave estado de salud de NELSON ANDRES BUITRAGO BELLO, su señora madre, GRACIELA BELLO CONTRERAS, quien trabajaba desde el 9 de agosto de 2013, en el establecimiento de comercio Frutiver 1 Ltda, tuvo que solicitar una licencia no remunerada, por tres meses, y, posteriormente se vio en la obligación de presentar renuncia, para dedicarse al cuidado de su hijo; para NELSON ANDRES BUITRAGO BELLO, su mamá GRACIELA BELLO CONTRERAS y sus hermanas menores DANA VALENTINA y MARIA FERNANDA GARZON BELLO, el accidente de trabajo, devino en una precaria situación económica, y un alto nivel de congoja, pena y aflicción.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas dieron contestación así:

TOLDINI S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, con escrito de folios 285 a 290, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos relacionados con el vínculo laboral y el accidente de trabajo negando los restantes o manifestando no constarle y propuso las excepciones de prescripción y buena fe.

ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., con escrito de folios 366 a 376, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, negó los hechos de la demanda, pues, el trabajador, como auxiliar de despachos, no tenía dentro de sus funciones realizar trabajo en alturas, por lo que, el día del accidente, por su cuenta y riesgo, sin que mediara orden o autorización, y, sin esperar a su compañero de trabajo, subió a la escalera para realizar la labor de alistamiento de pedidos, con el fatídico resultado. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa y título para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no pedido y las demás que resulten probadas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de agosto de 2019, condenó a la demandada ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., a pagar de forma indexada, a favor de NELSON ANDRES BUITRAGO BELLO, perjuicios por daño emergente, lucro cesante consolidado, lucro cesante futuro, daños morales objetivos y daños a la vida en relación; igualmente, ordenó a favor de GRACIELA BELLO CONTRERAS, el pago de daños morales y lucro cesante, y para las menores DANA VALENTINA y MARIA FERNANDA GARZON BELLO, el pago de daños morales y el pago de costas de primera instancia. Absolviendo a TOLDINI S.A.S. EN LIQUIDACION de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Lo anterior, al considerar que, dentro del plenario quedó plenamente demostrado el hecho del accidente de trabajo y las consecuencias que dejó en el trabajador; así como, que ninguna de las demandadas, actuó con el deber de cuidado, en tanto, nunca le suministraron al demandante Nelson Andrés Buitrago Bello, elementos de protección personal, ni se impartió la

capacitación de trabajo en alturas, tampoco se hizo inducción sobre cómo debía realizar técnicamente las funciones de despacho y alistamiento de las mercancías que vendían y en qué condiciones debían cumplir esa tarea, siendo una obligación de protección del empleador, comoquiera que, es éste quien tiene en su cabeza el cuidado y la protección de sus trabajadores, como un padre de familia; concluyendo la existencia del nexo causal entre la culpa del empleador y el daño ocasionado al trabajador, esto es, la desafortunada causación de patologías crónicas en su salud, ya que, en la actualidad se encuentra parapléjico y debido a ello padece enfermedades conexas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de la parte actora y la demandada ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., interponen recurso de apelación, en los siguientes términos:

La parte demandante, solicita que en Segunda Instancia, se estime el daño emergente futuro, y lucro cesante a favor de la demandante GRACIELA BELLO CONTRERAS, y se emita un pronunciamiento, respecto a los daños a la vida de relación y afectación a derechos constitucionalmente protegidos, que no fueron definidos en primera instancia.

Por su parte, ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., pide que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se absuelva de las pretensiones de la demanda, pues, la parte actora, no demostró que el accidente de trabajo, se produjo como consecuencia de una orden impartida por el empleador, por lo tanto, no se puede hablar de negligencia por parte del empleador, cuando dentro del proceso, no se demostró que éste le haya impartido orden alguna al señor Buitrago Bello, para realizar la labor que se encontraba ejecutando el día del accidente; además, el actor, recibió la capacitación e inducción, acorde con el cargo para el cual fue contratado, como auxiliar de bodega, actividad que no se considera de alto riesgo, por lo que, legalmente esa demandada, no está obligada a tomar medidas de seguridad, que no se necesitan.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal, las partes guardaron silencio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se contrae a determinar si existió responsabilidad de ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., en el accidente de trabajo sufrido por el demandante NELSON ANDRÉS BUITRAGO BELLO, el 6 de febrero de 2014, cuando se encontraba al servicio de la empresa usuaria, TOLDINI S.A.S. EN LIQUIDACIÓN o si se trató de omisión de las obligaciones de éste; y en caso de condena, si hay o no lugar a conceder los perjuicios por el daño emergente futuro, lucro cesante a favor de la demandante GRACIELA BELLO CONTRERAS, así como a pronunciarse respecto de los daños a la vida de relación y afectación a derechos constitucionalmente protegidos, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DEL ACCIDENTE DE TRABAJO Y LA CULPA PATRONAL

Se encuentra probado en el proceso, la existencia del contrato de trabajo, por obra o labor contratada, entre el señor NELSON ANDRES BUITRAGO BELLO y ALIANZA ENLACE TEMPORAL, para desempeñar el cargo de auxiliar de despachos, como trabajador en misión, al servicio de TOLDINI S.A.S. EN LIQUIDACIÓN (fls. 17 y 377); igualmente, que el 6 de febrero de 2014, este demandante, sufrió un accidente de trabajo, que le ocasionó una pérdida de capacidad laboral del 78.25%, al caer de una altura de más de 3 metros, sin contar con elementos de seguridad y protección, ni capacitación para trabajo en alturas, como lo concluyó la Juez de Primera Instancia; dirigiendo su defensa la demandada ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., en negar la culpa a ella endilgada, con el argumento que por el cargo desempeñado por el actor, la empresa, no estaba obligada a entregar elementos de protección y seguridad, ni capacitarlo en trabajo en alturas; además que, no se demostró que al momento del accidente, el trabajador se encontrara ejecutando una orden directa de su empleador, no existiendo negligencia de su parte, ni nexo causal, entre el accidente y su conducta, que justifique la condena impuesta por la a-quo.

Al respecto, se necesario acudir al ordenamiento que regula el asunto en aras de establecer los presupuestos que contempla para la causación de la indemnización solicitada.

Al respecto enseña el artículo 216 del CST: *“Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo”*

En relación con la culpa patronal, ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 30 de junio de 2005 Radicación 22.656, reiterada el 22 de abril de 2008 radicación 31076 y el 4 de agosto de 2009 radicado 34806:

“(..).que para que se cause la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo exige la ley, amén, obviamente, de la ocurrencia del riesgo, esto es, el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, la ‘culpa suficientemente comprobada’ del empleador; a diferencia de lo que ocurre con las prestaciones económicas y asistenciales tarifadas previstas, hoy, en los artículos 249 y siguientes de la Ley 100 de 1993, Ley 776 de 2002 y demás normas que las reglamentan, especialmente las contenidas en el Decreto 1295 de 1994, que se causan por el mero acaecimiento de cualquiera de las contingencias anotadas, sin que para su concurso se requiera de una determinada conducta del empleador...”

A su vez, en sentencia SL9355-2017 Radicación n.º 40457 del 21 de junio de 2017, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo precisó que:

“Tal y como lo ha explicado esta Sala, la condena a la indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 Código Sustantivo del Trabajo, debe estar precedida de la culpa suficiente del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, la prueba de que la afectación a la

integridad o salud fue consecuencia de su negligencia en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores (art. 56 C.S.T.). De manera particular, tales obligaciones se encuentran consagradas en los numerales 1 y 2 del artículo 57 del Código Sustantivo de Trabajo, según las cuales los empleadores deben «Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores», y procurarles «locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud».

“De igual manera, el artículo 348 del mismo estatuto preceptúa que toda empresa está obligada a «suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores», y adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la vida y la salud de los trabajadores, lo cual guarda armonía con las disposiciones en materia de salud ocupacional y seguridad en los establecimientos de trabajo que prevén dentro de las obligaciones patronales las de «proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad» (art. 2 R. 2400/1979).

En esa misma línea el artículo 84 de la Ley 9 de 1979 estableció que, entre otras obligaciones, los empleadores están impelidos a proporcionar y mantener un ambiente de trabajo en adecuadas condiciones de higiene y seguridad; establecer métodos de trabajo con el mínimo de riesgos para la salud dentro de los procesos de producción; cumplir y hacer cumplir las disposiciones relativas a salud ocupacional; responsabilizarse de un programa permanente de medicina, higiene y seguridad en el trabajo destinado a proteger y mantener la salud de los trabajadores; adoptar medidas efectivas para proteger y promover la salud de los trabajadores mediante la instalación, operación y mantenimiento, en forma eficiente, de los sistemas y equipos de control necesarios para prevenir enfermedades y accidentes en los lugares de trabajo y realizar programas educativos sobre los riesgos para la salud a que estén expuestos los trabajadores y acerca de los métodos de su prevención y control.

Ya en el marco del Sistema General de Riesgos Profesionales, hoy Sistema General de Riesgos Laborales, se reiteró la obligación a los empleadores de «procurar el cuidado integral de la salud de los trabajadores y de los ambientes de trabajo» (art. 21 del D. 1295/1994). A partir de lo visto, adviértase cómo las disposiciones sustantivas laborales de salud ocupacional –hoy Seguridad y Salud en el Trabajo– y riesgos laborales, han sido unívocas en comprometer al empleador a cuidar y procurar por la seguridad y salud de los trabajadores, y adoptar todas las medidas a su alcance en orden a prevenir los accidentes y enfermedades profesionales, en perspectiva a que «la salud de los trabajadores es una condición indispensable para el desarrollo socio-económico del país, su preservación y conservación son actividades de interés social y sanitario» (art. 81 L. 9/1979).”

Cabe anotar que para que prospere la solicitud de indemnización total por culpa del empleador en el accidente de trabajo, es forzoso que se demuestre debidamente, no solo la ocurrencia del accidente sino también la culpa del empleador y los perjuicios supuestamente causados, con la valoración de los mismos. Si no se aportan las evidencias señaladas, la pretensión está condenada al fracaso.

Pues bien, para demostrar esa culpa suficiente, en el presente caso, rindió interrogatorio de parte el demandante NELSON ANDRÉS BUITRAGO BELLO, quien indicó que fue contratado por ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S., para desempeñar el cargo de auxiliar de despachos, como trabajador en misión al servicio de TOLDINI S.A.S. EN LIQUIDACION, por lo que, entre sus funciones diarias se encontraba la de alistar los pedidos de muebles, y ubicarlos en el área de transporte, para lo cual debía subir unos andamios de 2 a 3 pisos, donde se encontraban ubicados los muebles, bajarlos y trasladarlos a la zona de despachos; el día del accidente, 6 de febrero de 2014, llegó a la empresa, tomó el consolidado de pedidos y se dispuso a alistarlos, sin embargo no encontró un modelo de sillas de color negro, por lo que, se subió en el andamio, por una escalera que le habían adecuado para esa función, y así ubicar el color que pedían, piso una caja, la caja se rompió, perdió el equilibrio, cayendo al vacío, desde aproximadamente una altura de 6 metros; advierte que, ni su empleador, ni la empresa usuaria, durante la relación laboral, le suministraron algún tipo de arnés o línea de vida, para ejecutar esa labor, ni tampoco se encontraba capacitado para realizar trabajo en alturas.

Igualmente, declararon en el proceso los señores ARBEY TAO RUIZ, NELSON HERNANDEZ NOVA y MANUEL MACIAS BELLO, compañeros de trabajo del demandante en la empresa TOLDINI S.A.S EN LIQUIDACION, quienes aseguran no haber presenciado directamente el accidente de trabajo, sufrido por el señor BUITRAGO BELLO, el día 6 de febrero de 2014, porque él se encontraba sólo al momento de la caída; sin embargo, son coincidentes en señalar que, el actor, como auxiliar de despachos, debía ubicar los muebles en la bodega, de acuerdo a las órdenes de pedido, alistarlos y trasladarlos al área de transporte, para lo cual, debía subir y bajar los muebles que se encontraban ubicados en los racks o estructuras metálicas de la bodega, usando únicamente una escalera de metal rudimentaria, sin ninguna seguridad, como arnés o línea de vida, elementos con los que no contaba ningún trabajador en la empresa y menos aún se les había capacitado para trabajo en alturas; que la empresa, tenía un montacargas, pero sólo lo manejaba un trabajador, esporádicamente, y los pedidos debían estar siempre listos antes de la 10:00 a.m., de ahí que, sin importar con qué elementos de trabajo contarán, los muebles debían bajarse de los estantes y estar listos para cargar los camiones de entrega, a la hora señalada.

A juicio de la Sala, entonces representan estas declaraciones, suficiente soporte probatorio, a más que no obra en el plenario el Reglamento de Salud Ocupacional, vigente para la época en que el demandante, estuvo vinculado con las demandadas, esto es, el 7 de enero al 6 de febrero de 2014, ni prueba de las medidas que debía adoptar el empleador, tendientes a cubrir accidentes de trabajo, obligación que le impone el numeral 2 del artículo 57 del CST, según el cual, debe *“procurar a los trabajadores, locales y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud”*.

Surge entonces de esta obligación del empleador el deber legal de adoptar en el sitio de trabajo todas las medidas de precaución y prevención para que dentro de la actividad desarrollada por los trabajadores se eviten accidentes. Sin que pueda la parte demandada, argumentar exoneración en esa obligación, porque el cargo de auxiliar de despachos, no era de alto riesgo,

y por lo tanto, no era requisito tener medidas de seguridad, como un arnés o línea de vida, y menos aún, capacitación de trabajo en alturas, pues, conforme al artículo 349 del CST, reformado por el 55 de la Ley 962 de 2005, norma ésta de carácter general, que conlleva obligaciones de Higiene y Seguridad en toda la empresa, al margen de la labor que realicen los trabajadores, los empleadores que tenga a su servicio 10 o más trabajadores permanentes deben elaborar un reglamento de Higiene y Seguridad, a más tardar dentro de los tres meses siguientes a la iniciación de las labores, y en el presente caso, como lo advierte la Juez de Primera Instancia, el obrante en el presente caso, data del 10 de junio de 2014 (fls. 29-32), fecha posterior al accidente del señor NELSON ANDRES BUITRAGO BELLO.

Bajo ese preámbulo, en concordancia con la anterior disposición, el artículo 21 del Decreto 1295 de 1994, estableció igualmente una orden perentoria y de imperativo cumplimiento a cargo del empleador, según el cual:

“ARTICULO 21. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable:

(...)

c. Procurar el cuidado integral de la salud de los trabajadores y de los ambientes de trabajo;

d. Programar, ejecutar y controlar el cumplimiento del programa de salud ocupacional de la empresa, y procurar su financiación...”.

De lo fijado entonces en las disposiciones normativas y jurisprudenciales, concluye la Sala, que demostrada la falta de capacitación y medidas de protección de Seguridad y Salud, dentro del sitio de trabajo, en que incurrió el empleador en el presente asunto, representadas en la falta de elementos de protección, la manera burda y rudimentaria como debía ubicar y cargar el demandante, los muebles de los estantes de la bodega, sin que se implementaran medidas preventivas y de cuidado en esta labor, surge de esa omisión en el empleador, un nexo causal directo en la ocurrencia del accidente de trabajo acaecido el día 6 de febrero de 2014, sin que pueda éste atribuirse a un tercero o culpa exclusiva de la víctima, quien conforme a la descripción del cargo de auxiliar de despachos y bodeguero, obrante a folios 55 y 381, tenía como funciones, el alistamiento, cargue y descargue de mercancías, y todo lo que ello implica; de ahí que, el día del accidente de trabajo, como siempre lo hacía, conforme a las órdenes de pedido entregadas, procedió a alistar los muebles para llevar al área de transporte, sin embargo, al no encontrar el color de una de las sillas solicitadas por un cliente, tuvo que subir a los estantes donde se encontraban almacenados los muebles, a una altura aproximada de más de 6 metros, por una escalera rudimentaria, donde, al pisar una caja, resbala, y, ante la falta de un arnés o línea de vida que lo sujetara a la estructura, cae de rodillas al vacío, sufriendo un traumatismo de nervios y médula ósea, que le produjo una pérdida capacidad laboral del 78.25%. Situación que pudo prevenirse, si el empleador, hubiese cumplido con las reglas de cuidado que cualquier persona debe tener en el manejo de sus asuntos y las que no se advirtieron, generando la indemnización impuesta en Primera Instancia.

INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS. LUCRO CESANTE Y DAÑOS MORALES.

La inconformidad de la parte demandante se centra en la ausencia de condena por el daño emergente futuro, y lucro cesante a favor de la demandante GRACIELA BELLO CONTRERAS, madre de NELSON ANDRES BUITRAGO BELLO, así como por los daños en la vida de relación y afectación a derechos constitucionalmente protegidos.

Al respecto basta indicar que, como señaló la Juez de Primera Instancia, siendo el daño emergente, un perjuicio material, que corresponde a los gastos o erogaciones dinerarias en que pudo incurrirse, derivados del accidente de trabajo; estos no se presumen, sino que deben encontrarse debidamente probos en el proceso; no obstante, en el presente asunto, no se encuentran demostrados, y no podían tasarse de forma hipotética, pues, no existe certeza sobre su ocurrencia.

De otra parte, frente al lucro cesante a favor de la señora GRACIELA BELLO CONTRERAS, no advierte la Sala, omisión alguna al respecto, por parte de la A-quo, ya que, los mismos le fueron reconocidos, como se advierte en el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia.

En cuanto a los daños a la vida de relación basta indicar que, los mismos sí fueron reconocidos, en Primera Instancia, a favor del demandante NELSON ANDRES BUITRAGO BELLO, víctima directa del accidente de trabajo; no obstante, respecto a su señora madre y hermanas menores, considerada la Sala, que no es posible emitir condena alguna, pues, no quedó acreditó en el plenario, la forma en qué pudo verse afectada su interacción social o condiciones personales propias de su cotidianidad, como tampoco las actividades sociales, culturales, recreativas o familiares dejadas de realizar por éstas, después del accidente de su hijo y hermano, que demuestren la existencia de dicho perjuicio y justifique emitir condena al respecto.

Finalmente, en cuanto al pago de perjuicios por la afectación de derechos constitucionales protegidos, los cuales jurisprudencialmente¹ son reconocidos como de carácter inmaterial, y están orientados a reparar vulneraciones o afectaciones relevantes, que producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales, que no estén cubiertos o comprendidos dentro de los perjuicios morales o a la salud; considera igualmente la Sala, improcedente ordenar su reconocimiento, pues, la parte actora, ya fue resarcida, a través de otros perjuicios inmateriales, y no puede pretender una doble reparación, por los mismos daños que ya se encuentran cuantificados, a través de los perjuicios reconocidos a su favor en Primera Instancia.

Sin costas en esta instancia dado el resultado de los recursos y las de primera instancia se confirman.

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,

¹ Sentencia 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988) Consejo de Estado, Sala Plena – Sección Tercera.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por GRACIELA BELLO CONTRERAS en nombre propio y en representación de sus menores hijas DANA VALENTINA y MARIA FERNANDA GARZON BELLO y NELSON ANDRES BUITRAGO BELLO contra ALIANZA ENLACE TEMPORAL S.A.S. y solidariamente contra TOLDINI S.A.S. EN LIQUIDACION, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

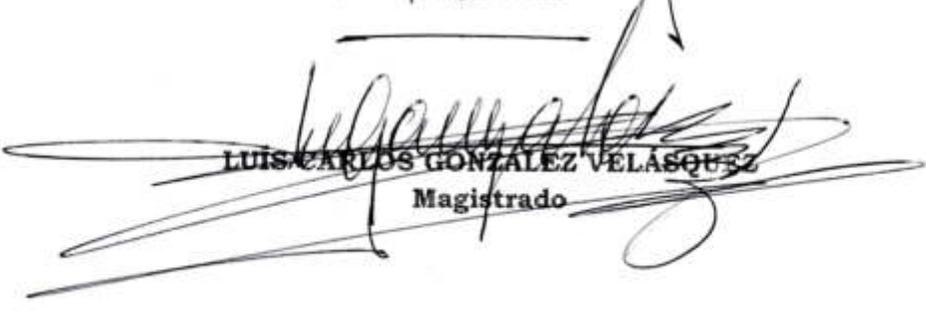
SEGUNDO: Sin condena en costas de esta instancia. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105030201800108-01

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

TEMA: Reintegro - estabilidad laboral reforzada

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá calendada el 27 de junio de 2019, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ELIAS ROJAS CALDERON** en contra del **GRUPO EMPRESARIAL DE SEGURIDAD PRIVADA SERDEVIP LTDA.**

ANTECEDENTES

ELIAS ROJAS CALDERON promovió demanda ordinaria laboral en contra del GRUPO EMPRESARIAL DE SEGURIDAD PRIVADA SERDEVIP LTDA, para que, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, se ordena a la demandada a reintegrarlo en el mismo cargo y las mismas condiciones que tenía al momento de su despido, respetando las recomendaciones médicas prescritas por la ARL AXA COLPATRIA; así como condenarla al pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de despido, hasta al reintegro efectivo, vacaciones, la indemnización plena de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST, indemnización moratoria, intereses legales y moratorios, indexación y costas.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, relató que, suscribió con la empresa demandada, contrato de trabajo por obra o labor, el 15 de septiembre de 2014, el cual se prolongó hasta el 5 de marzo de 2015, para desempeñar el cargo de vigilante, con un salario pactado de \$790.000 pesos mensuales; el 31 de octubre de 2014, durante su jornada laboral, cuando se dirigía a recibir el turno, sufrió un accidente laboral, al

ser arrollado por una motocicleta, por lo que, fue sometido a varias cirugías, por osteotomía y artrodesis del tobillo, además sufrió un acortamiento del miembro inferior izquierdo de 18MM, por lo que a partir de esa fecha, debe utilizar calzado ortopédico.

Señala que, luego del accidente de trabajo, estuvo incapacitado en múltiples oportunidades, , y que, el 5 de marzo de 2015, sin que mediara ninguna justificación, su empleador, finalizó el contrato de trabajo, de forma unilateral, sin previa autorización del Ministerio de Trabajo, a pesar de que se encontraba bajo tratamiento médico e incapacitado; adicionalmente, la liquidación definitiva de prestaciones, sólo le fue cancelada 2 años después de la terminación del vínculo laboral, el 17 de mayo de 2017 (fls 131-141 y subsanación fls. 146-158).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada GRUPO EMPRESARIAL DE SEGURIDAD PRIVADA SERDEVIP LTDA, con escrito de folios 170 a 172 dio contestación, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, negó la mayoría de los hechos salvo los relacionados con la modalidad del contrato, los extremos del vínculo laboral y el cargo desempeñado; y propuso las excepciones de cobro de lo no debido, ausencia de causa, temeridad y mala fe, y prescripción.

En su defensa indicó que el demandante, abandonó su puesto de trabajo, pues, luego del accidente sufrido, no regresó a laborar, pese a que se encontraba en perfecto estado de salud; además, que mediante acción de tutela, que adelantó el actor, ante el Juzgado 29 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, ya se determinó la improcedencia del reintegro solicitado, pues, concluyó el Juez Constitucional, que el señor ROJAS CALDERON no se encontraba en estado de debilidad manifiesta, sin que en momento alguno, haya dejado de percibir salario, ya que durante la vigencia del vínculo laboral, estos le fueron reconocidos oportunamente, junto con las prestaciones sociales y vacaciones a que tuvo derecho; y, en relación con el pago de la liquidación final de prestaciones, como empleador, siempre estuvo dispuesto a pagarle, pero la renuencia del trabajador, no permitió el pago oportuno.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de junio de 2019, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, del 15 de septiembre de 2014 al 5 de marzo de 2015; y, condenó a la demandada GRUPO EMPRESARIAL DE SEGURIDAD PRIVADA SERDEVIP LTDA, a reintegrar al demandante, a un cargo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando, a partir del 6 de marzo de 2015, teniendo en cuenta las recomendaciones dadas por la ARL AXA COLPATRIA; además, de condenarla al pago de los salarios y prestaciones sociales

causados entre el 6 de marzo de 2015 y la fecha de reintegro efectivo; así como al pago de \$380.456 de diferencia a favor del trabajador, en el pago de las prestaciones sociales liquidadas entre el 15 de septiembre de 2014 y el 5 de marzo de 2015, junto con la suma de \$17.032.018, por concepto de indemnización moratoria, absolviendo a la demandada, de las demás pretensiones y condenándola al pago de costas procesales en primera instancia.

Lo anterior, considerando que en demandante, es vulnerable y objeto de protección especial por estabilidad laboral reforzada por la salud, ya que dentro del proceso, quedó demostró su estado de incapacidad, debido a un accidente de origen laboral; que, el empleador demandado, era conocedor de dicho estado de salud y que, no demostró haber solicitado previamente, autorización al Ministerio de Trabajo, para proceder al despido del actor, por lo que, no se desvirtuó la presunción, respecto a que la finalización del vínculo laboral, fue producto las enfermedades que lo aquejan.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de apelación, alegando que, como se advirtió en la acción de tutela, presentado por el demandante, y que cursó ante el Juzgado 29 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el trabajador no se encontraba en estado de debilidad manifiesta al momento de la terminación del contrato de trabajo; por lo que, no se puede desconocer, la decisión del Juez Constitucional, quien ya definió para las partes, el conflicto, en relación con el reintegro, que sería improcedente, al igual que el pago de salarios, en los términos ordenados por el Juez de Primera Instancia.

Igualmente se opone a la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria, pues, ésta no opera de manera automática, y dentro del plenario, el demandante, no cumplió con la carga de la prueba de demostrar la mala fe del empleador; por el contrario, quedó acreditado que, incluso con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, se le garantizó el pago de la seguridad social.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, la parte demandante solicitó confirmar la sentencia apelada, por encontrarse ajustada a Derecho, sin que resulten validos los argumentos expuestos por la pasiva, en su recurso de apelación. Entre tanto la demandada guardo silencio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a resolver en el presente asunto, se contrae a determinar si el demandante, se encontraba en estado de debilidad manifiesta por la salud, al momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo, por parte de su empleador; y, en consecuencia, si es procedente el reintegro y pago de las condenas impuestas por el Juez de Primera Instancia.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO - EXTREMOS - SALARIO

Con la prueba documental allegada, el escrito de demanda y contestación, así como las pruebas practicadas en el curso del proceso, es claro para la Sala, que se encuentra demostrada la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor contrada, suscrito entre las partes, el 15 de septiembre de 2014, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de vigilante, devengando como salario, el mínimo legal mensual vigente.

DE LA CONDICIÓN DE ESTADO DE DISCAPACIDAD Y LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

Habida cuenta que la parte demandada, se opone a la decisión de primera instancia, argumentando que, al momento de la desvinculación del demandante, el día 5 de marzo de 2015, éste no era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada, pues, se encontraba en perfecto estado de salud, lo que se corrobora con la decisión proferida por el Juzgado 29 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, al denegar la acción de tutela promovida por el actor; sea lo primero indicar que independientemente de lo decidido en la acción de tutela ya mencionada, contrario a lo sostenido por la parte demandada en su recurso, lo allí decidido no compromete el estudio que aquí se efectúe sobre la declaratoria de los derechos reclamados, por la potísima razón que dicha acción, precisamente se denegó, porque el actor, contaba con otro mecanismo de defensa judicial para perseguir sus derechos laborales, esto es, el proceso ordinario laboral, que con términos más amplios y la oportunidad de debatir y controvertir pruebas, resulta ser el mecanismo idóneo para la resolución de los conflictos de orden laboral.

Aclarado lo anterior, forzoso se muestra acudir al ordenamiento legal que regula el tema de la estabilidad laboral reforzada por la salud, esto es, la ley 361 de 1997, que en su artículo 5° prevé la forma de acreditación de la condición de discapacidad de una persona y la calificación de dicho status por parte de la entidad correspondiente, y por ello puntualiza:

“ARTÍCULO 5o. Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en

Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente.

Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley.”

A su vez, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 salvaguarda el derecho de las personas discapacitadas para que por esa condición no se les discrimine a nivel laboral, es así como contempla que: *“Ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo, so pena de ser sancionado a reconocer y paga 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”*.

Aclarando en este punto, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisó que, no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné u otro documento, como se indica en la norma antes citada, ya que, lo realmente importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se garantice su estabilidad laboral; es así como en sentencia del 18 de septiembre de 2012, con radicación 41845, dijo la Corte: *“para que opere la protección laboral establecida en este último precepto, no es requisito sine qua non que previamente la persona discapacitada tenga el carné o que se haya inscrito en la E.P.S., pues aunque se constituye en un deber, el no cumplirlo o probarlo procesalmente no lleva como consecuencia irrestricta y necesaria la pérdida de la aludida protección. Dicho en breve: el carné o la inscripción en la E.P.S. no son requisitos para que sea válida o para que nazca a la vida jurídica el mencionado amparo, habida cuenta que ello no aflora de los textos normativos. Más aún, cuando en el sub lite, el Tribunal estimó que la limitación del actor era un hecho notorio”*.

De tal suerte, en aras de determinar si el demandante, a la fecha de finalización de su relación laboral con el GRUPO EMPRESARIAL DE SEGURIDAD PRIVADA SERDEVIP LTDA, el día 5 de marzo de 2015, era o no sujeto de la estabilidad laboral reforzada, la Sala se remite a la documental que reposa en el plenario, tendiente a acreditar su condición médica; observando que, para acreditar este hecho, fueron aportadas la Historia Clínica de la Fundación Santafé de Bogotá, que refiere el ingreso del demandante el día 31 de octubre de 2014, por accidente de tránsito, en calidad de peatón, arrollado por motocicleta, recibiendo trauma en

múltiples partes del cuerpo, dolor en columna cervical, hombro izquierdo y cuello de pie izquierdo (fl. 26); Historia Clínica de la ARL AXA COLPATRIA, en donde se especifica el diagnóstico de fractura pierna izquierda, inclusive el tobillo, fractura de la columna lumbar y de la pelvis, por accidente de trabajo, siendo sometido dos procedimientos quirúrgicos, con acortamiento de tibia y peroné (fls. 31-69); calificación emitida por la ARL AXA COLPATRIA, el 25 de octubre de 2016, que determina una pérdida de capacidad laboral del demandante, del 28.86%, con fecha de estructuración 18 de febrero de 2016 (fls. 72-76); calificación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá No. 1052412-275 del 9 de mayo de 2017, que modificó el grado de pérdida de capacidad laboral del actor, al 38.19%, determinando su origen por accidente de trabajo (fls. 77-85); calificación de la Junta Nacional de Invalidez No. 1052412-14807 del 1 de noviembre de 2017, que finalmente determina una PCL del 22.70% (fls. 86-91); concepto médico de aptitud laboral expedido por la ARL AXA COLPATRIA, según el cual, el demandante, es apto para laborar, pero con recomendaciones, tales como, alternar postura sedente con el pie mínimo cada hora, evitar desplazamientos por terrenos irregulares, evitar subir y bajar escaleras u otras superficies, requiere uso permanente de bastón, entre otras (fl, 101); incapacidades médicas continuas desde el 30 de octubre de 2015 hasta el 18 de febrero de 2016, con sello de recibo por parte de la empresa demandada (fls. 105-122); y, comunicación de fecha 20 de febrero de 2015, presentada por la demandada, al Ministerio de Trabajo, donde reconoce el empleador el estado de salud del actor, sin embargo, informa a dicho Ministerio, su la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo, ante la ausencia injustificada de su sitio de trabajo, por más de 1 semana.

Igualmente, absolvió interrogatorio de parte, el demandante, refiriendo la ocurrencia del accidente de trabajo, el 31 de octubre de 2014, cuando se dirigía a cumplir con su turno de vigilancia a la Calle 127, fue arrollado por una motocicleta, perdió el conocimiento, hasta cuando se encontraba en el Hospital; que dicha situación fue puesta en conocimiento de la empresa directamente y a través de su compañero, el señor Garzón, quien era a quien le iba a recibir el turno; refiere que, todas las incapacidades fueron radicadas en la Empresa, y recibió el pago los primeros 6 meses; le hicieron una cirugía en la Clínica Santafé, por cuenta de la ARL AXA COLPATRIA, que le canceló una indemnización de \$13.000.000 aproximadamente, por la pérdida de capacidad laboral.

Por su parte, el representante legal de la demandada, al absolver interrogatorio de parte, se limitó a indicar que los gastos del accidente sufrido por el demandante, fueron cubiertos por la ARL; y que, no estaba enterado de que éste, se encontrara incapacitado al momento de la terminación del contrato de trabajo.

Así las cosas, estudiada la totalidad del acervo probatorio allegado en el expediente, considera la Sala, que la parte actora sí logró demostrar de forma certera y contundente su condición de discapacitado en los términos

del artículo 5 de la ley 361 de 1997, en concordancia con el artículo 7 del decreto 2463 de 2001, por encontrarse calificado con una pérdida de capacidad laboral del 22.70%, de origen laboral, que lo hace sujeto de protección especial; sumado a que el empleador, sí era conocedor de su estado de salud, desde el momento mismo del accidente, pues, así lo dio a entender el representante legal de la demandada, quien aceptó que todos los gastos médicos fueron cubiertos por la ARL; además al momento de finalizar el vínculo contractual, 5 de marzo de 2015, el trabajador se encontraba incapacitado, como se acredita con la documental de folio 110, esto es, una incapacidad expedida el 23 de febrero de 2015, por 30 días, con fecha de finalización 29 de marzo de 2015, con sello de recibido por parte de la empresa demandada.

Frente al nexo de causalidad entre el despido y el estado de disminución física del demandante, ciertamente al demostrarse que se encontraba en un estado de debilidad manifiesta, la carga de la prueba se invierte en cabeza del demandado, debiendo éste acreditar que el despido no acaeció en razón a una discriminación del trabajador por su particular estado de salud; lo que, en el presente caso, no logró desvirtuar la empresa demandada, quien se limitó a justificar la terminación del contrato de trabajo, en un presunto abandono del cargo por parte del actor, cuando el mismo se encontraba incapacitado para laborar, desde el momento del accidente, el 31 de octubre de 2014; razón por la cual, la demandada sí estaba obligada a que, previo al despedir del actor, contara con la autorización del Ministerio del Trabajo, para tomar dicha determinación.

Así las cosas, dado que al momento del despido el señor ELIAS ROJAS CALDERON, éste era sujeto de especial protección al contar con un grado de discapacidad moderada, además de existir un nexo de causalidad entre tal situación y la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, no surge alternativa distinta que confirmar la sentencia apelada en este sentido.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 65 DEL CST

El Juez de Primer Grado condenó a la demandada al pago de la suma de \$17.032.318, por concepto de indemnización moratoria, por cuanto estimo que no había ninguna razón para que el empleador dejara de cancelar al demandante, oportunamente, a la terminación del contrato de trabajo, el 5 de marzo de 2015, la liquidación definitiva del contrato, y luego, 2 años después, el 22 de mayo de 2017, proceder a dicho pago, mediante título judicial y de forma incompleta. A esta argumentación se opone la demandada, manifestando que dicha sanción no opera de manera automática, además era carga probatoria del actor, demostrar la mala fe del

empleador, no cual no quedó acreditado en el plenario.

En cuanto a la buena o mala fe del empleador ha de reiterarse lo precisado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia 46574 de fecha 19 de octubre de 2016 con ponencia del Doctor Gerardo Botero Zuluaga, cuando en lo relacionado con este tema enseñó:

“Conviene recordar que para definir la procedencia de la indemnización moratoria, debe estudiarse en cada asunto en particular la conducta remisa del empleador, para con ello establecer si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa salarios o prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido de buena fe por encontrarse justificado en razones serias, que pese a no resultar viables o jurídicamente acertadas, si pueden considerarse atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubiese llevado al convencimiento de que nada adeudaba; o que por el contrario, su proceder se encuentra revestido de la mala fe que conduzca a fulminar una condena en su contra. De ahí que se sostenga que la aplicación de esta sanción no es automática ni inexorable.

Del mismo modo, debe memorarse que la «buena fe» equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de «mala fe», de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud (Sentencia CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414, reiterada en la SL12854-2016, 24 ag. 2016, rad. 45175); e igualmente que «la absolución de esta clase de sanción cuando se discute la existencia del vínculo contractual laboral, no depende de la negación del mismo por la parte convocada a juicio al dar contestación al escrito inaugural del proceso, negación que incluso puede ser corroborada con la prueba de los mismos contratos, ni la condena de esta súplica pende exclusivamente de la declaración de su existencia que efectúe el juzgador en la sentencia que ponga fin a la instancia; habida consideración que en ambos casos se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria que hable de las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del contrato, a fin de poder determinar si la postura de éste resulta o no fundada» (Sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 39.186, reiterada en la SL11436-2016, 29 jun. 2016, rad. 45536).”

En consecuencia, cuando un empleador incumple las obligaciones laborales, no es el trabajador quien tiene la carga de probar que el empleador actuó de mala fe como equivocadamente aduce el recurrente, sino es el empleador quien, si quiere ser exonerado de la indemnización moratoria, debe acreditar que actuó con suma diligencia y cuidado para obtener que su trabajador recibiera el pago completo de sus salarios y prestaciones sociales.

En el presente caso, no se observa tal diligencia y cuidado. La demandada no explicó la razón por la no canceló la liquidación definitiva de prestaciones al trabajador, al momento de la terminación del contrato trabajo, limitándose a señalar que éste no se presentó a reclamar el pago,

circunstancia que no justifica el hecho de que ésta sólo haya procedido a su consignación, mediante título judicial, 2 años después de haber finiquitado el vínculo laboral, y que, además lo haya hecho en forma incompleta, por lo que, no se advierte buena fe de su parte, que permita exonerarlo del pago de indemnización moratoria, en los términos ordenados por el Juez de Primera Instancia.

Conforme lo anterior, se CONFIRMA la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada atendiendo el resultado desfavorable de su recurso. Las de primera instancia se confirman.

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 27 de junio de 2019, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario instaurado por ELIAS ROJAS CALDERON en contra del GRUPO EMPRESARIAL DE SEGURIDAD PRIVADA SERDEVIP LTDA, conforme las razones expuestas.

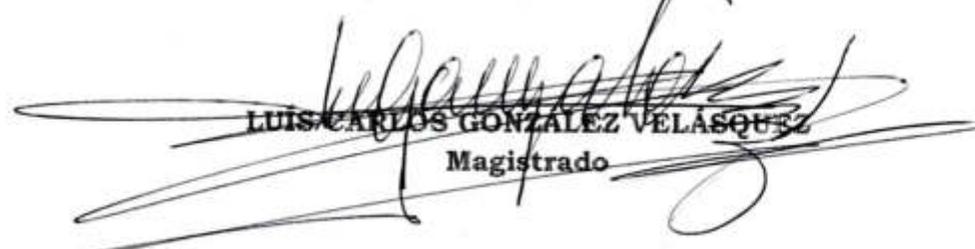
SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandada. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$877.804. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado
SALVO VOTO PARCIAL


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105024201700285-02

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

TEMA: Accidente de trabajo - culpa del empleador -indemnización del artículo 216 del CST – prueba pérdida de la capacidad laboral.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, calendada el 4 de octubre de 2019, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CAMILA ANDREA TORRES RUIZ** en contra de **IVÁN ROGELIO GIRALDO RODRÍGUEZ**.

ANTECEDENTES

CAMILA ANDREA TORRES RUIZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de IVAN ROGELIO GIRALDO RODRIGUEZ, para que, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, se condene al demandado al pago de la indemnización plena de perjuicios derivada de la culpa patronal, el reconocimiento de la pensión de invalidez de manera vitalicia, pago de la indemnización por despido sin justa causa, de la liquidación de prestaciones definitiva correspondiente a vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías, indemnización moratoria, indexación y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se vinculó laboralmente con el demandado, el día 14 de abril de 2014, para prestar sus servicios en una fabrica de muñecos de su propiedad, mediante contrato verbal de trabajo a término indefinido; la labor desempeñada era la de rellenar muñecos, devengando la suma de \$500.000 mensuales, con una jornada de trabajo de lunes a sábado, de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.; que, al

momento de ingresar a laborar, no se le dio ningún tipo de capacitación, ni elementos de protección para realizar la labor encomendada.

Advierte que, el 26 de junio de 2014, el demandado, llevó a la fabrica una maquina compresora de lana, con la cual se deberían rellenar los muñecos, le explicó a la demandante, donde debía prender y apagar la máquina, debiendo ésta manejar la máquina, a partir de ese momento, sin ninguna capacitación; el día 27 de junio de 2014, luego de terminar sus labores diarias, la demandante se dispuso a limpiar su sitio de trabajo, advirtiendo que detrás de la maquina se habían quedado algunas motas de relleno que no pudo sacar con la escoba, por lo que procedió a retirarlo con la mano izquierda, y en ese momento la misma es succionada por la maquina; pasado unos instantes logra sacar su mano y se percata que sus dedos fueron aplastados y amputados; puso en conocimiento de su empleador, esta situación, y fue trasladada por éste al Hospital San José Centro, donde le hacen la limpieza y amputación definitiva de todos los dedos de su mano izquierda. Para la fecha del accidente, la demandante, no se encontraba afiliada por su empleador al Sistema de Seguridad Social Integral, por lo que éste canceló los servicios médicos como particular.

Refiere que, el 28 de julio de 2014, luego del accidente, el demandado afilió a la trabajadora a una EPS, primero a nombre propio y luego a través de una empresa desconocida; que el demandado, le canceló a la actora, desde el 15 de mayo de 2014 y hasta el 30 de agosto del mismo año, la suma de \$500.000, de los cuales, según él, \$300.000 correspondían a la quincena y \$200.000 eran para gastos médicos; para los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2014, el empleador, sólo le pagó a la trabajadora la suma de \$300.000; y, el 1 de diciembre de 2014, finalmente le informa a la actora, que no le volverá a depositar ninguna suma de dinero, que le dijera cuanto le debía, para finiquitar el asunto, por lo que a partir de esa fecha, no le fueron cancelados salarios, ni se le pagó la liquidación definitiva de prestaciones sociales.

El 30 de octubre de 2015, por cuenta propia, la demandante, asiste a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, en donde recibe una calificación del 50.40% de pérdida de capacidad laboral, de origen laboral, estructurada el 27 de junio de 2014, fecha del accidente; a partir de entonces, sufre de estados depresivos y se encuentra en tratamientos médicos y psicológicos (fls. 2-8 y 69-78)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificado el demandado IVÁN ROGELIO GIRALDO RODRÍGUEZ, con escrito de folios 110 a 123 dio contestación, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, negó la mayoría de los hechos salvo los relacionados con la modalidad del contrato y el extremo inicial del vínculo laboral; y propuso las excepciones ausencia de vinculo o nexo causal, culpa exclusiva de la trabajadora y cobro de lo no debido.

En su defensa indicó que la demandante, fue contratada para coser los muñecos de peluche, luego, por solicitud de ella misma, se le enseñó el oficio de relleno, pero no fue encargada en ningún momento de dicha labor, por lo que no se le enseñó la utilización o manipulación de la maquina abridora de relleno, ya que, la fabrica tenia una persona encargada de cumplir dicha función; por lo que, el accidente sufrido por la actora, fue su responsabilidad, por un acto imprudente, pues, ella no se encontraba trabajado en la máquina, sino haciendo aseo en el piso del local, metió la mano para sacar una mota que vio girando en los rodillos, ocurriendo el insuceso, sin que, el mantenimiento o aseo de la maquina fuera su labor; por lo que no se dan los requisitos para aplicar la sanción contemplada en el artículo 216 del CST. Adicionalmente, asumió los gastos de la atención médica, cubrió y pago el valor de los días laborados, a manera de liquidación, por cuanto la demandante, manifestó en el Hospital que no deseaba volver a trabajar; procediendo a su afiliación a FAMISANAR EPS, el mismo día del accidente, brindándose apoyo económico, pese a que nunca volvió a trabajar, ni presentó incapacidades médicas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de octubre de 2019, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, vigente del 14 de abril al 27 de junio de 2014; así como la culpa comprobada del empleador en el accidente de trabajo sufrido por la demandante el 27 de junio de 2014; condenando al demandado IVAN ROGELIO GIRALDO RODRIGUEZ, a pagar a favor de la actora, las prestaciones sociales y vacaciones, proporcionales al tiempo laborado, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST; el reconocimiento de la pensión de invalidez por riesgo laboral, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, la indemnización correspondiente al lucro cesante futuro, así como el pasado o consolidado y la correspondiente a los perjuicios morales, con ocasión del accidente de trabajo.

Lo anterior, al considerando que, respecto de las prestaciones sociales, el demandado no acredito haber cumplido con su pago a la terminación del contrato de trabajo, razón por la cual, estaba en la obligación de cubrir dicho valor, así como de cancelar la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, pues, aunque finalizado el vínculo laboral, éste continuó realizándole consignaciones a la trabajadora, como quedó demostrado en el proceso, y lo aceptó al absolver interrogatorio de parte, fue a título de ayuda económica, por su estado de salud; en cuanto a la culpa patronal, indica la A-quo, que hubo concurrencia de culpas, comoquiera que, el demandado, omitió el cumplimiento de las normas generales de protección y seguridad social en el trabajo, ya que, no contaba con Reglamento de salud y seguridad en el trabajo, no capacitó a la trabajadora, en temas relacionados con accidentes laborales, no el uso de la maquinaria, no la tenía afiliada al

Sistema de Seguridad Social en Riesgos Laborales, no le brido elementos de protección laboral; y, por su parte, la actora en un actuar imprudente, ya que no era la encargada de la maquina abridora de relleno, quiso quitar una mota que se encontraba en los rodillos de la misma, sin tomar precauciones, con las consecuencias fatales, ya conocidas; razón por la cual, declaró la culpa comprobada del debido, debido a que la participación de la actora en el accidente, por un actuar negligente de su parte, no es eximente de responsabilidad a cargo del empleador.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la parte demandada, interpuso recurso de apelación, insistiendo en que no hubo culpa del empleador en el accidente sufrido por la demandante; además, la calificación de la pérdida de capacidad laboral, presentada por ésta como prueba del daño ocasionado con el accidente, no era una el mecanismo idóneo y valido para ello, pues, el perito que la realizó, no compareció al proceso, y, en todo caso, no es claro de dónde obtuvo el porcentaje de PCL, ya que, no se siguieron los parámetros del Decreto 1507 de 2014, esto es, el Manual Único para la Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional, en cuanto al porcentaje de deficiencia global para mano-antebrazo, que solo tiene un valor del 32, pero que en la calificación presentada arroja un 48%.

Por lo que, al no encontrarse debidamente acreditados los elementos propios de la culpa patronal, previstos en el artículo 261 del CST, tampoco procede el pago de las demás condenas impuestas, por perjuicios, indemnizaciones y costas procesales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, la parte demandante solicitó confirmar la sentencia apelada. Entre tanto la demandada insiste en los argumentos expuestos en el recurso de alzada, respecto a que no hubo culpa patronal, pues, no existió un comportamiento indebido por parte del empleador, no se comprobó el daño, ni se acreditó mala fe al momento de finalizar la relación laboral.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se contrae a determinar si existió responsabilidad por parte del señor IVAN ROGELIO GIRALDO RODRIGUEZ, en el accidente de trabajo sufrido por la demandante CAMILA ANDREA TORRES RUIZ, el 27 de junio de 2014; si la calificación de pérdida de capacidad laboral realizada por la Junta Regional de Bogotá y Cundinamarca, presentada por

la parte actora, es prueba suficiente para acreditar el daño sufrido por la demandante; y si, en consecuencia de ello, hay o no lugar a las condenas impuestas por la Juez de Primera Instancia, por concepto de perjuicios.

DEL ACCIDENTE DE TRABAJO Y LA CULPA PATRONAL

Probado quedó en el proceso, que la demandante, celebró el 14 de abril de 2014, contrato verbal de trabajo celebrado con el señor IVAN ROGELIO GIRALDO RODRIGUEZ, para prestar sus servicios rellenado y cosiendo muñecos de peluche; igualmente, que el 24 de junio de 2014, la actora sufrió un accidente de trabajo, que le ocasionó la amputación de los dedos 2 a 5 de la mano izquierda, con trauma severo en pulgar y pérdida de movilidad, como lo concluyó la Juez de Primera Instancia; dirigiendo su defensa el demandado, en negar la culpa a él endilgada, con el argumento de la actora, no estaba autorizada para manipular la máquina abridora de relleno, por lo que, fue su actuar imprudente lo que produjo el insuceso; además, de no haber cumplido con la obligación de acreditar un daño, pues, la calificación de pérdida de capacidad laboral allegada al plenario, no fue debidamente sustentada en juicio, por el perito que la elaboró, ni es clara en relación los parámetros empleados para determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la actora, pues no guarda relación con los valores establecidos en el Manual Único de Calificación, para el tipo de lesión sufrida por la demandante.

Al respecto, es necesario acudir al ordenamiento que regula el asunto en aras de establecer los presupuestos que contempla para la causación de la indemnización pretendida.

Al respecto enseña el artículo 216 del CST: *“Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo”*

En relación con la culpa patronal, ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 30 de junio de 2005 Radicación 22.656, reiterada el 22 de abril de 2008 radicación 31076 y el 4 de agosto de 2009 radicado 34806:

“(…)que para que se cause la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo exige la ley, amén, obviamente, de la ocurrencia del riesgo, esto es, el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, la ‘culpa suficientemente comprobada’ del empleador; a diferencia de lo que ocurre con las prestaciones económicas y asistenciales tarifadas previstas, hoy, en los artículos 249 y siguientes de la Ley 100 de 1993, Ley 776 de 2002 y demás normas que las reglamentan, especialmente las contenidas en el Decreto 1295 de 1994, que se causan por

el mero acaecimiento de cualquiera de las contingencias anotadas, sin que para su concurso se requiera de una determinada conducta del empleador...”

A su vez, en sentencia SL9355-2017 Radicación n.º 40457 del 21 de junio de 2017, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo precisó que:

“Tal y como lo ha explicado esta Sala, la condena a la indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el artículo 216 Código Sustantivo del Trabajo, debe estar precedida de la culpa suficiente del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, la prueba de que la afectación a la integridad o salud fue consecuencia de su negligencia en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores (art. 56 C.S.T.). De manera particular, tales obligaciones se encuentran consagradas en los numerales 1 y 2 del artículo 57 del Código Sustantivo de Trabajo, según las cuales los empleadores deben «Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores», y procurarles «locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud».

“De igual manera, el artículo 348 del mismo estatuto preceptúa que toda empresa está obligada a «suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores», y adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la vida y la salud de los trabajadores, lo cual guarda armonía con las disposiciones en materia de salud ocupacional y seguridad en los establecimientos de trabajo que prevén dentro de las obligaciones patronales las de «proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad» (art. 2 R. 2400/1979).

En esa misma línea el artículo 84 de la Ley 9 de 1979 estableció que, entre otras obligaciones, los empleadores están impelidos a proporcionar y mantener un ambiente de trabajo en adecuadas condiciones de higiene y seguridad; establecer métodos de trabajo con el mínimo de riesgos para la salud dentro de los procesos de producción; cumplir y hacer cumplir las disposiciones relativas a salud ocupacional; responsabilizarse de un programa permanente de medicina, higiene y seguridad en el trabajo destinado a proteger y mantener la salud de los trabajadores; adoptar medidas efectivas para proteger y promover la salud de los trabajadores mediante la instalación, operación y mantenimiento, en forma eficiente, de los sistemas y equipos de control necesarios para prevenir enfermedades y accidentes en los lugares de trabajo y realizar programas educativos sobre los riesgos para la salud a que estén expuestos los trabajadores y acerca de los métodos de su prevención y control.

Ya en el marco del Sistema General de Riesgos Profesionales, hoy Sistema General de Riesgos Laborales, se reiteró la obligación a los empleadores de «procurar el cuidado integral de la salud de los trabajadores y de los ambientes de trabajo» (art. 21 del D. 1295/1994). A partir de lo visto, adviértase cómo las disposiciones sustantivas laborales de salud ocupacional –hoy Seguridad y Salud en el Trabajo– y riesgos laborales, han sido unívocas en comprometer al empleador a cuidar y procurar por la seguridad y salud de los trabajadores, y adoptar todas las medidas a su alcance en orden a prevenir los accidentes y enfermedades profesionales, en perspectiva a que «la salud de los trabajadores es una condición indispensable para el desarrollo socio-económico del país, su preservación y conservación son actividades de interés social y sanitario» (art. 81 L. 9/1979).»

Cabe anotar que para que prospere la solicitud de indemnización total por culpa del empleador en el accidente de trabajo, es forzoso que se demuestre debidamente, no solo la ocurrencia del accidente sino también la culpa del empleador y los perjuicios supuestamente causados, con la valoración de los mismos. Si no se aportan las evidencias señaladas, la pretensión está condenada al fracaso.

Pues bien, para demostrar esa culpa suficiente, declararon en el proceso DIEMEN RICARDO MENCÓ FRANCO, compañero de trabajo de la demandante, quien señaló la demandante, fue contratada para coser muñecos de peluche y posteriormente se le autorizó realizar la labor de relleno, siendo capacitada para el uso la máquina rellenadora de muñecos; sin embargo, el accidente sufrió por la actora, el 27 de junio de 2014, fue con otra máquina, la abridora de relleno, para la cual la trabajadora no estaba capacitada, ni se le había autorizado su uso; refiere que ese día, él apagó todas las máquinas y en compañía del demandado, sobre las 4:00 p.m., se retiraron al segundo piso de la fábrica a ver un partido de fútbol, luego subió la demandante, informándoles que se había cortado los dedos de la mano izquierda, pues, ella se encontraba haciendo aseo en el local, dice que vio una mota en la parte trasera de máquina abridora de relleno, intentó sacarla con la escoba, y como no pudo, metió la mano izquierda, siendo succionada por la máquina; advierte el testigo, que la máquina tiene señales de advertencia respecto a que no debe introducirse las manos en ella, y que, no se explica realmente por qué la actora se encontraba en la parte trasera de la máquina, si el aseo del local no se realiza por esa zona.

Igualmente rindieron declaración las señoras ELVIA MARIA RUIZ CUELLAR y PAOLA MYLENA PEÑA RUIZ, madre y hermana de la demandante, quienes señalaron que la actora, fue contratada por el demandando, inicialmente para coser muñecos de peluche, sin embargo, días después, trajeron unas máquinas del extranjero y ella, junto con otro compañero, fueron designados para el manejo de las máquinas, donde debía rellenar los muñecos, que ella debía introducir el algodón en la máquina y desplazarlo hacia otro lado, pero

no le daban ningún elemento de trabajo; se enteraron del accidente, porque un compañero de trabajo, llamó a la madre de la actora y le informó, fueron al Hospital San José, allí se encontraba el demandado; advierte que en ese momento la señora CAMILA ANDREA TORRES RUIZ, no se encontraba afiliada a la Seguridad Social en Salud, por lo que el señor IVAN ROGELIO GIRALDO RODRIGUEZ, comenzó a hacer unas llamadas telefónicas, para proceder a su afiliación, después de ese día, la actora estuvo incapacitada varias veces, dejó sus actividades de capacitación de rescate en la Fuerza Área, no volvió a tocar piano y entró en un estado de depresión, por casi un año y medio, estuvo en terapia con psicólogo y no volvió a trabajar, se aisló de todo. La señora ELVIA MARIA RUIZ CUELLAR, refiere que ella visitó la fábrica y vio la máquina que ocasionó el accidente, y no tenía ninguna señalización, como se observa ahora en las fotos allegadas al proceso, indica que demandado, le canceló a la demandante, el salario los 2 primeros meses luego del accidente, pero luego no le pagó nada más y fue ella quien tuvo que sufragar los gastos.

Al absolver interrogatorio de parte, el demandado señaló que CAMILA ANDREA TORRES RUIZ, sólo fue contratada para coser, no necesitaba elementos de protección, pues, sólo se dedicaba a coser con una aguja los muñecos; que, la fábrica cuenta con medidas normales de protección y seguridad en el trabajo, debido a que no maneja mucho riesgo, el único que utiliza tapabocas, guantes y otros elementos, es el muchacho encargado del manejo de las máquinas; que, la actora mostró interés en aprender a manejar la maquina rellenadora y cumplir con esa labor, por lo que, le pidió al compañero encargado de las máquinas que le enseñara a usarlas, indicando que debía tener cuidado cuando las usara; respecto al accidente, señaló que, ocurrió un viernes, cuando ya se encontraban terminando labores, la demandante, estaba haciendo aseo, tuvo una curiosidad y metió la mano dentro de una máquina, subió al segundo piso de la fábrica y le dijo que se había cortado, porque había metido la mano en otra máquina diferente a la que estaba utilizando; que, el cubrió los gastos médicos, porque no estaba afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud, luego la afilió y le siguió ayudando económicamente hasta diciembre de 2014.

Por su parte, la demandante, en diligencia de interrogatorio de parte, señaló que inicialmente fue contratada por el demandado, para coser con aguja e hilo los muñecos de peluche, pero tiempo después, 2 o 3 semanas antes del accidente, llegó a la fábrica un container de pieles de peluches, entonces el señor Diemen Franco, la fue capacitando para realizar esa labor, pues el señor Franco, le dijo que debía aprender, porque la carga laboral había aumentado en la fábrica; que el accidente sufrido, ocurrió en la maquina denominada abridora de fibra siliconada o procesadora de relleno, la cual no había manipulado anteriormente, pues, ésta llegó el día jueves 26 de junio de 2014, les indicaron cuáles eran los botones de encendido y apagado, donde debía introducirse el relleno comprimido y por dónde salía, y nada más; el accidente fue al día siguiente, viernes 27 de junio de 2014,

por lo que no tenía ningún conocimiento sobre su uso; ese día, quedaban aproximadamente 2 o 3 muñecos para rellenar, eran más o menos las 5: 30 p.m., sacó una mota compresora, la puso a procesar en la máquina, la mota quedó salida en la máquina, con una escoba intentó barrerla, la mota no salió, entonces la haló y la máquina le succionó la mano izquierda, intentó sacarla, pero cuando lo logró, ésta le salió amputada y con los dedos macerados, en ese momento, se retiró el guante de látex, se lavó la mano, buscó algo con qué hacer compresión, se dirige al segundo piso, donde le avisó al demandado, y al señora Diemen Franco del accidente, mete la mano en una bolsa, y es trasladada por ellos al Hospital San José Centro, donde atienden la urgencia; indica que, antes de proceder al relleno de los muñecos, el material debía ponerse en la máquina nueva para procesarlo; como ella y el señor DIEMEN FRANCO estaban en la labor de relleno, ambos tenían a su cargo el uso de todas las máquinas; cuando llegó la nueva máquina el demandado, que a partir de ahora debían usarla, la máquina estaba encendida cuando ocurrió el accidente, ella la apagó cuando terminó de procesar la mota, pero no sabía que la máquina seguía trabajando luego de apagarse.

Igualmente, al plenario se allegó la historia clínica del de Colsubsidio (fls.10-48) certificado de afiliación de la actora a FAMISANAR EPS, dónde consta que fue vinculada el 1 de julio de 2014, por el empleador, IVAN ROGELIO GIRALDO RODRIGUEZ (fl.49); historia Clínica del Hospital San José, que refiere la atención por urgencias de la demandante, el 27 de junio de 2014, con diagnóstico de amputación traumática de dos o más dedos, por maquina compresora de lana (fl.50-57); recibos de gastos médicos cancelados en el Hospital San José (fl. 58-59); y dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 1023916150-662, de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, efectuada el 30 de octubre de 2015, en la que se califica a la demandante, con una PCL del 50.40%, con origen accidente laboral y fecha de estructuración 27 de junio de 2014 (fls. 60-62); el cual tiene plena validez para la Sala, pues, la parte demandada, no hizo uso de la facultad prevista en el artículo 228 del CGP, para contradecir dicho dictamen, y, en todo caso, como advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 10538 de 2016, el dictamen que emiten las Juntas De Calificación de Invalidez, no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, el Juez del trabajo tiene libertad probatoria, para acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad o lo persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso.

Así las cosas, a juicio de la Sala, de las pruebas antes señaladas, claramente se puede establecer que, la fábrica de propiedad del demandado IVAN ROGELIO GIRALDO RODRIGUEZ, y donde prestaba sus servicios la actora, no contaba con un Plan de seguridad y salud en el Trabajo, pues, como él mismo lo reconoció al absolver interrogatorio de parte, éste no eran

necesario, ya que, no se desempeñaban labores de alto riesgo, y, sólo el trabajador encargado de operar las máquinas, usaba elementos de protección; no se allegó un Reglamento de Salud Ocupacional, ni se acreditaron las medidas de control necesarias en el lugar de trabajo que debía adoptar la empleadora, en su oficio de rellenar y coser muñecos, tendientes a evitar accidentes de trabajo, obligación que le impone el numeral 2 del artículo 57 del CST, según el cual, debe *“procurar a los trabajadores, locales y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud”*.

Surge entonces de esta obligación del empleador el deber legal de adoptar en el sitio de trabajo todas las medidas de precaución y prevención para que dentro de la actividad desarrollada por los trabajadores se eviten accidentes. Sin que pueda la parte demandada, argumentar exoneración en esa obligación, al calificar su labor como de bajo riesgo, sin previamente haber identificado los peligros en el desarrollo de la misma, pues, conforme al artículo 349 del CST, reformado por el 55 de la Ley 962 de 2005, norma ésta de carácter general, que conlleva obligaciones de Higiene y Seguridad en toda la empresa, al margen de la labor que realicen los trabajadores, los empleadores, que tenga a su servicio trabajadores permanentes, deben elaborar un reglamento de Higiene y Seguridad, a más tardar dentro de los tres meses siguientes a la iniciación de las labores, el cual brilla por su ausencia en el presente caso.

Bajo ese preámbulo, en concordancia con la anterior disposición, el artículo 21 del Decreto 1295 de 1994, estableció igualmente una orden perentoria y de imperativo cumplimiento a cargo del empleador, según el cual:

“ARTICULO 21. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable:

(...)

c. Procurar el cuidado integral de la salud de los trabajadores y de los ambientes de trabajo;

d. Programar, ejecutar y controlar el cumplimiento del programa de salud ocupacional de la empresa, y procurar su financiación...”

De lo fijado entonces en las disposiciones normativas y jurisprudenciales, concluye la Sala, que demostrada la falta de medidas de protección de Seguridad y Salud, dentro del sitio de trabajo, sumado al hecho de que la trabajadora no fue capacitada para el manejo de la máquina abridora de relleno y no se encontraba afiliación por su empleador, al Sistema de Seguridad Social Integral, al momento del accidente de trabajo; surge en el empleador, un nexo causal directo en la ocurrencia del mismo, sin que pueda eximirse de responsabilidad, por el actuar imprudente que pudo tener

la actora, quien introdujo su mano en la máquina, para retirar el relleno que se encontraba pegado a la apertura de alimentación, sin verificar si la máquina aún se encontraba operativa; conocimiento que posiblemente no tenía, precisamente por la falta de capacitación sobre la misma; y es que, como lo ha señalado la Sala de la Corte Suprema de Justicia en múltiples oportunidades, entre otras, en las sentencias SL5463-2015 y SL-5916 de 2016, la responsabilidad del empleador en el accidente laboral no desaparece en el evento de que este ocurra también por la concurrencia de un comportamiento descuidado o imprudente del trabajador, toda vez que, conforme al tenor del artículo 216 del CST, en la indemnización plena de perjuicios a consecuencia de un siniestro profesional con culpa del empleador, no se admite la compensación de culpas. De ahí que, no puede desestimarse o minimizarse la omisión del demandado, en el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo y el deber de capacitación a los trabajadores, para identificar peligros, y prevenir riesgos, lo que conduce a encontrarse acreditada suficientemente la culpa del empleador, siendo responsable, en consecuencia, del pago de las condenas impuestas en Primera Instancia

Conforme lo anterior, se CONFIRMA la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada, atendiendo el resultado desfavorable de su recurso. Las de primera instancia se confirman.

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 4 de octubre de 2019, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario instaurado por CAMILA ANDREA TORRES RUIZ en contra de IVAN ROGELIO GIRALDO RODRIGUEZ, conforme las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandada. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$877.804. Las de primera instancia se confirman.

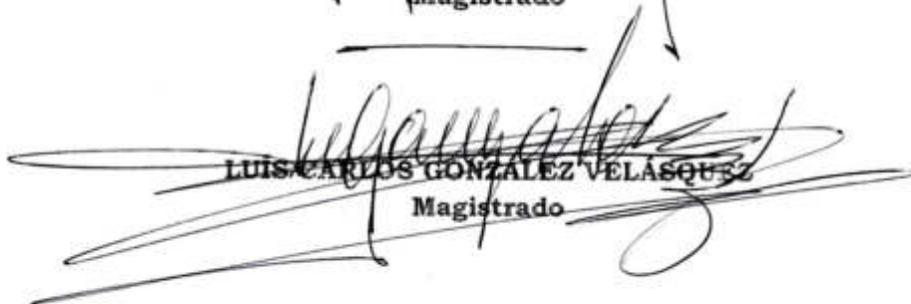
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


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. 110013105037201900097-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre 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 Luís 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 en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 13 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **NIDIA PATRICIA NARVÁEZ GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada sustituta a la Dra. LADYS DAYANA CANTILLO SAMPER, en los términos de los poderes otorgados (fls 184- 196)

ANTECEDENTES

NIDIA PATRICIA NARVAEZ GÓMEZ, pretende que se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS efectuada por COLFONDOS S.A con fecha de efectividad del 1° de diciembre de 1994 ante la omisión de éste fondo al deber de informar con prudencia, pericia, de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a la implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riesgos, beneficios y desventajas; y en consecuencia, se condene a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en

virtud de la vinculación como cotizaciones y bonos pensiones, con todos los rendimientos que se hubieren causado; se ordene a esta última a aceptarla como afiliada y a recibir los valores obtenidos; además de contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas en el RAIS; lo que resulte ultra y extra petita y el pago de las costas y gastos del proceso. De manera subsidiaria solicita que se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizada al RPMPD al RAIS administrada por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS con fecha de efectividad del primero de diciembre de 1994 al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación de esa AFP.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló en síntesis, que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES desde el 12 de septiembre de 1984 hasta agosto de 1994; se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS S.A con fecha de efectividad del primero de diciembre de 1994; al momento del traslado no fue asesorada o informada por esa AFP de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno y otro régimen, las prestaciones económicas que obtendrá en el RAIS y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de cambiarse de régimen, tampoco le realizaron proyecciones futuras de su pensión con la hipótesis que podría surgir entre cada uno de los regímenes, entre otros aspectos, razón por la cual elevó solicitud de traslado ante COLPENSIONES obteniendo respuesta negativa; actualmente se encuentra vinculada y cotizando en la AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (Fls 4-26)

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 el deber de asesoría, la solicitud elevada con su respectiva respuesta y su vinculación a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES planteó las excepciones que denominó como el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (fls 91-97)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos

legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, buena fe, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo, ausencia de vicios del consentimiento y la genérica. (fls 110- 126)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (fls 145-159)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de julio de 2020, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del acto jurídico del traslado que efectuó la demandante al RPMPD administrado en su momento por el ISS al RAIS que realizó en la AFP COLFONDOS S.A que tuvo como fecha de suscripción el 7 de noviembre de 1994 y en consecuencia determinó como válida la afiliación al RPMPD administrada por COLPENSIONES; se condenó a la demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a transferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los bonos pensionales y rendimientos financieros; se condenó a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la demandante y a aceptar los valores que remita LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A; declaró no probadas las excepciones propuestas y costas a cargo de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS; fijó como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que sea revocada en su integridad, pues esa Administradora logró probar la asesoría que en su momento recibió la demandante así como el móvil para trasladarse; además efectuó traslados horizontales para recibir beneficios tributarios que no sólo conocía por su calidad y especialidad profesional sino que también gozó e incluso entendió que su ahorro dependía de sus cotizaciones, quién las administraba, cómo se administraba, como podría incrementarla, si se revisa el audio del proceso ella confesó que podía retirar sus ahorros de manera anticipada cumpliendo una serie de requisitos, entiende las generalidades del sistema e incluso lee jurisprudencia al respecto por lo que la información que dice no haber recibido por las AFP está contenida en la Ley 100 de 1993 norma de

conocimiento público; por último, se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la apoderada de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia porque el traslado efectuado por la demandante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, sin que ésta hubiera demostrado ningún vicio en el consentimiento, no configurándose los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad habiendo firmado el formulario de afiliación; además que estaba inmersa en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003. Por otro lado, el apoderado de la parte actora insiste en la confirmación del fallo de primera instancia ya que se encuentra acorde con los parámetros normativos y lo señalado por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta 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 interrogatorio de parte fue debidamente valorado determinando si con ello se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado y que por su calidad de profesional debía conocer, **iii)** si el traslado entre fondos sanea la nulidad del traslado de régimen, **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 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).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial 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 161 obra copia de información obtenida de la página web de ASOFONDOS que da cuenta que la actora presentó solicitud de vinculación a COLFONDOS el 7 de noviembre de 1994, afiliación que cobró vigencia a partir del primero de diciembre del mismo año, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó que abogada experta en el tema tributario, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que ella se encontraba en su lugar de trabajo y realizaron una reunión de capacitación para todos los funcionarios en el auditorio, las AFP tenían hasta 20 minutos para hacer sus presentaciones, al final cada uno tenía su puesto para pasar al fondo que más le llamara la atención en donde se diligenciaba un formato, se realizaban preguntas y uno optaba por afiliarse o no al fondo, ella decide trasladarse a COLFONDOS S.A porque consideraba que tenía mayor respaldo y era sólido, menciona que es abogada pero que toda su vida ejerció el tema tributario, que si conoce la ley 100/93 pero sólo lo general no a fondo ya que nunca entendió los temas laborales, lee la prensa pero solo temas relacionados a su especialidad, los asesores no le explicaron las diferencias entre uno y otro régimen; si hizo aportes voluntarios pero con el fin de tener beneficios tributarios.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la parte demandante de una forma expedita, aun cuando COLPENSIONES 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 la señora NIDIA PATRICIA NARVAEZ GÓMEZ 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 su condición de profesional -abogada- ni el hecho de trasladarse entre fondos, genere la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la

información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, 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, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

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, sería del caso declarar que la afiliación realizada al RAIS el 7 de noviembre de 1994, se torna nula 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 su condición de profesional -abogada-, genere la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información, se insiste, se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, 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, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

A lo anterior se suma el hecho de trasladarse entre fondos, como aquí aconteció respecto de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A, 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.”*

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.

Por lo expresado se confirmara la sentencia de primera instancia que se abstuvo de declarar la nulidad del traslado de régimen del actor.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación las costas en 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

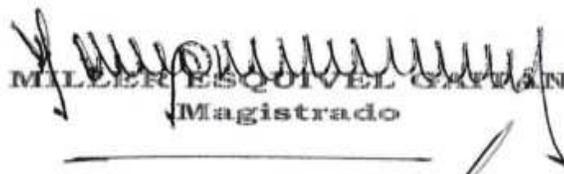
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 13 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por NIDIA PATRICIA NARVAEZ GÓMEZ en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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. 110013105014201800132-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre 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 en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 26 de junio de 2020 por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **MARIA MERCEDES ALZATE GONZALEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

ANTECEDENTES

MARIA MERCEDES ALZATE GONZALEZ pretende que se declare la nulidad del traslado realizado el 1º de enero de 1995 al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A, ante la omisión del deber de informar con prudencia, pericia, de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones y en general las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riesgos, beneficios y desventajas; y en consecuencia, se ordene a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a trasladar a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado; se condene a esta última entidad a aceptarla como afiliada y a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada al RAIS, asimismo a contabilizar para efectos de pensión,

las semanas cotizadas al RAIS; lo que resulte ultra y extra petita, las costas y gastos del proceso; y de manera subsidiaria, para que se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizado del RPMPD al RAIS en cabeza de PROTECCIÓN S.A con fecha de efectividad del 1° de enero de 1995, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación a esa AFP y en especial no haber respetado la permanencia mínima establecida en la ley.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde el 11 de diciembre de 1981, llevando apenas un año se trasladó al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A con fecha de efectividad del 1° de enero de 1995, al momento del traslado no fue asesorada o informada por la AFP de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendrá en el RAIS y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen de pensiones, entre otros aspectos, razón por la cual elevó solicitud de traslado a COLPENSIONES siéndole negada, actualmente se encuentra vinculada y cotizando a la AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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, el deber de asesoría y la solicitud elevada ante COLPENSIONES con su respectiva respuesta.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A propuso las excepciones de ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (Fls 112-124, subsanación 182).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones que denominó como declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación de la AFP, buena fe por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A, prescripción y la genérica (fls 146-152).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica (fls 166-178).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de junio de 2020 el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del RPMPD al RAIS; declaró que ningún efecto jurídico surtío el traslado y por tanto siempre estuvo la demandante afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES; condenó a la AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a trasladar el total de la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES; declaró no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo y se condenó en costas a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y PROTECCIÓN S.A por haber sido vencida en juicio.

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 le absuelva de las pretensiones, en el entendido que si bien las AFP no lograron demostrar que al momento del traslado de la demandante brindaron información tendiente a obtener su traslado, lo cierto es que COLPENSIONES es un tercero en el negocio jurídico que éstos celebraron, por ello tiene efectos interpartes, razón por la cual esa entidad no se puede ver afectada por la decisión que en su momento tomó la demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la apoderada de SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A insistió en la revocatoria de la sentencia debiéndose descartar la utilización de la posición mantenida por la Corte Suprema de Justicia atendiendo el desarrollo normativo que ha sufrido el deber de información. Por su parte, la apoderada de COLPENSIONES indica que la jurisprudencia traída a colación por la primera instancia no es aplicable al presente asunto por no tratarse la demandante de una afiliada lega sino que tenía un grado académico que le permitía entender las consecuencias. Finalmente, el apoderado de la demandante solicita la confirmación de la providencia al encontrarse ajustada a derecho.

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 COLPENSIONES tiene alguna obligación al ser un tercero en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y la AFP PROTECCIÓN S.A. 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. Ely 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 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 folio 133 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por ISS hoy COLPENSIONES a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A diligenciado el primero de noviembre de 1994, con fecha de efectividad del 1º de diciembre de 1994, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos (fl 142).

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 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 MARIA MERCEDES ALZATE GONZALEZ 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.

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 PROTECCIÓN S.A el primero de noviembre de 1994 con efectividad a partir del 1° de diciembre 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.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014); reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de COLPENSIONES, en la medida que no interesa para la declaratoria de la nulidad de la afiliación al RAIS su intervención o no, ya que la ley es la que determina las consecuencias de dicha declaratoria la cual produce efectos para todos, incluidos los que no participaron.

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

COSTAS

Dado el resultado desfavorable del recurso de apelación las costas en esta instancia correrán a cargo de la recurrente COLPENSIONES. 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 26 de junio de 2020 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la acción promovida por MARIA MERCEDES ALZATE GONZALEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105019201700150-01

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

TEMA: Contrato realidad (salarios, prestaciones, indemnizaciones).

Entonces, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante contra la sentencia del 25 de Octubre de 2019 proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CARMEN ROSA ANGULO GARCIA en contra de HENRY DARIO LEON BELTRAN y MARIA ANGELICA ANGULO GARCIA.

ANTECEDENTES

CARMEN ROSA ANGULO GARCIA promovió demanda ordinaria laboral en contra de HENRY DARIO LEON BELTRAN y MARIA ANGELICA ANGULO GARCIA, para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 1° de septiembre de 2003 y el 29 de octubre de 2016, el cual feneció sin justa causa imputable al empleador, se les condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, las cesantías, los intereses a la cesantías, las primas de servicios, las vacaciones compensadas en dinero, los aportes a seguridad social y a la caja de compensación familiar, causados desde el año 2003 hasta el año 2016, los salarios dejados de cancelar, las indemnizaciones moratorias por la no consignación de las cesantías a un fondo y la prevista en el artículo 65 del CST, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, sucintamente precisó que mediante contrato verbal, comenzó a laborar el 1° de septiembre de 2003 como secretaria personal del señor HENRY DARÍO LEÓN BELTRÁN, en las oficinas del establecimiento de comercio “Servipool Reparaciones” ubicado en la calle 128 C Bis No. 52-53 en la ciudad de Bogotá, el cual se encuentra registrado a nombre de la señora MARÍA ANGELICA ANGULO GARCÍA, en un horario de lunes a viernes de 8 am a 5 pm y sábados de 8 am a 4 pm, desempeñando como funciones las de llevar el control y registro de los dineros que el señor Darío prestaba a interés, venta de repuestos para lavadora y secadoras, facturación, contabilidad, entre

otros, devengando un salario mínimo legal mensual vigente como remuneración, el cual le era cancelado inicialmente cada 15 días y a partir de 2012 de manera mensual; durante la vigencia de la relación no le fueron canceladas las prestaciones sociales, no se efectuaron los aportes a seguridad social, ni se le concedieron vacaciones.

CONTESTACIÓN

Notificada en legal forma la demandada, los demandados dieron contestación oportunamente con escrito de folios 44-54 en donde se opusieron a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, negaron todos los hechos y propusieron las excepciones de prescripción, pago, buena fe del demandado, evaluación de buena o mala fe, compensación y la genérica. En su defensa señalaron que la actora es la hermana de la señora MARÍA ANGELICA ANGULO GARCÍA, habitaba un apartamento dentro de la vivienda de ellos donde no cancelaba ningún canon de arrendamiento y se desempeñaba como ejecutiva de ventas de Bel Star S.A., Yanbal de Colombia S.A., Leonisa S.A., Línea Directa S.A, sin recibir órdenes del señor HENRY DARÍO LEÓN BELTRÁN.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de octubre de 2019, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a los demandados de la totalidad de las pretensiones y condenó en costas a la demandante (fls 182 y 185).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación en su contra para que sea revocada y en su lugar se acceda a sus pretensiones, teniendo en cuenta que la prueba documental demuestra la existencia del contrato de trabajo al haber sido firmada por el señor DARÍO LEÓN en su calidad de gerente, debiéndose dar prevalencia a la realidad sobre las formas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, el apoderado de la parte actora insistió en la prosperidad de las pretensiones de la demanda puesto que los documentos allegados no fueron desconocidos por la pasiva, en particular los que obran de folios 27 a 29, habiendo aceptado el demandado en su interrogatorio de parte que aquella sí laboró para el establecimiento de comercio, existiendo solidaridad entre los propietarios de dicho establecimiento. Entre tanto, los demandados, a través de su apoderado solicitaron la confirmación de la providencia, toda vez que no son los alegatos la oportunidad para presentar nuevas pruebas no habiendo atacado los verdaderos razonamientos del A quo.

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

CONSIDERACIONES

Punto álgido del recurso de alzada gira en torno a establecer si entre las partes existió una relación laboral regida por un verdadero contrato de trabajo y, en consecuencia, si le asiste derecho a la actora en el reclamo de sus acreencias laborales, con especial énfasis en la valoración probatoria realizada por la A quo, en virtud de lo previsto en el artículo 66 del C.P.T y de la SS.

DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO

El Código Sustantivo de Trabajo, artículo 22, define el contrato de trabajo como: *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: **a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) El salario como retribución del servicio.**

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, **la demostración de la prestación continua del servicio**, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador».”* (CSJ SL362-2018, Radicación N.º 53801 del 21 de febrero de 2018 M.P Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.).

De tal suerte, dado que la parte demandante, en acatamiento de la carga procesal que le asistía, quiso demostrar la efectiva prestación personal de sus servicios, entre otras pruebas, con las documentales allegadas con la demanda visibles de folios 27 a 29, como quiera que se duele en la alzada específicamente de la valoración

realizada por la A quo a las mismas, es por lo que se remite la Sala a su estudio en aras de establecer si, en efecto, ellas son plena prueba de la existencia del vínculo laboral con los demandados.

Al respecto, se tiene que a folio 27 obra certificación de fecha 26 de septiembre de 2016, expedida por el señor HENRY DARÍO LEÓN BELTRÁN, en su calidad de Gerente, en la que hace constar que la aquí demandante, señora CARMEN ROSA ANGULO GARCIA, labora con la empresa “Servipool Reparaciones Ltda”, desde el 1 de septiembre de 2003, devengando el salario mínimo legal mensual vigente de cada período anual. A su vez, a folio 28 milita, documento igualmente suscrito por el señor HENRY DARÍO LEÓN BELTRÁN – Servipool Reparaciones, en el que dice que se compromete con la demandante a pagar la totalidad de la liquidación que a ella le corresponde en virtud de una relación laboral entre los fielmente nombrados, de septiembre 1/2003 a octubre 29 de 2016. Finalmente, a folio 29 reposa documento, también de fecha 29 de octubre de 2016 dirigido a la accionante, en el que se lee que Servipool Reparaciones y/o HENRY LEÓN BELTRÁN dan por terminado su contrato laboral.

Así las cosas, si bien es cierto por regla general el juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial, también lo es que la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral.(Sentencia del 23 de septiembre de 2009 radicado 36748. Ver también sentencia del 8 de marzo de 1996 radicado 8360, reiterada en casación del 2 de agosto de 2004 radicación 22259).

Aclarado lo anterior, una vez examinada la referida prueba documental junto con los demás elementos probatorios que militan en el expediente, tales como los interrogatorios absueltos por las partes así como el testimonio rendido por el señor JAVIER FRANCISCO URREGO GARZÓN, es dable afirmar que contrario a lo manifestado por la censura, la existencia de un verdadero contrato de trabajo celebrado entre la demandante, señora CARMEN ROSA ANGULO GARCIA y los demandados HENRY DARÍO LEÓN BELTRÁN y MARÍA ANGÉLICA ANGULO GARCÍA no quedó demostrada en juicio.

En efecto, el testigo JAVIER FRANCISCO URREGO GARZÓN, informó que es amigo y vecino de los demandados pues vive como a dos cuadras y media del local, pero que hace 4 años vivía a 3 casas, por ello conoce a la demandante hace aproximadamente 10 u 11 años ya que vivía en la casa de los demandados en el piso 4 con la hija y les colaboraba en el local, el cual a veces estaba abierto y otras no, siendo que en algunas ocasiones estaba HENRY y en otras la veía a ella, local

en el que además de las máquinas también había una exhibición de perfumes que vendía CARMEN ROSA junto unos productos por revista, lo cual le consta porque su hijo, quien era el ayudante de HENRY, le compró una loción, precisando que esa venta de los productos por revista se hacía dentro del local, desconociendo la remuneración, pagos o contratos entre las partes.

Entre tanto, lo aceptado por los demandados respecto a la presencia de la actora en el establecimiento de comercio es que la misma bajaba al local a vender sus productos de revista, ya que allí se le abrió un espacio donde podía atender sus clientes, el cual se le facilitó desde que llegó a vivir en el inmueble donde también estaba ubicado el local y era la residencia de ellos, todo como una ayuda familiar. Y en cuanto a la certificación laboral que se expidió junto con el compromiso de pago de liquidación y la carta de terminación de contrato, el señor HENRY confesó que aunque no es el dueño del establecimiento de comercio dedicado a reparación y mantenimiento de electrodomésticos la firmó para que ella solicitara trabajo en una empresa, es así como el acuerdo consistía en que por no tener trabajo se le colaboraba permitiéndole que en el local tuviera una vitrina con sus productos, se le consiguió un buen colegio a la hija, se les daba alojamiento sin pagar arriendo ni servicios y se les colaboró con comida, y cuando se fue del inmueble fue por conflictos con su hermana producto de una herencia, precisando en todo caso que el local se abría esporádicamente porque se trabaja a domicilio, de ahí que el tiempo que permanecía en el local la misma demandante lo establecía, por lo que ni él ni su esposa le realizaron pago por algún concepto.

Últimamente, la propia accionante confesó en su interrogatorio, que fue ella quien elaboró los tres documentos arriba mencionados, habiendo pedido a HENRY que le expidiera la certificación porque la necesitaba para hacer un trámite, así mismo, admitió que convivió alrededor de 4 años en la casa de su hermana MARÍA ANGELICA y su cuñado HENRY DARÍO, quienes son los padrinos de su hija, más o menos entre los años 2010 a 2014 o 2015, ello porque en el 2007 su hija sufrió un accidente y se quedó sin dinero, por lo que HENRY le dijo que se fuera a vivir al apartamento y le colaboraba a la hija por el accidente, siendo él quien pagaba los servicios, inmueble éste donde quedaba ubicado el establecimiento de comercio destinado a servicios de reparación y se venta de repuestos como desde el año 2006 ya que antes se localizaba en otro lugar, encargándose de abrir y cerrar el local cuando ellos se iban de paseo pero las reparaciones las hacía otro técnico llamado Uriel Sabogal, habiendo demandado a su hermana porque es quien figura en cámara y comercio aun cuando el verdadero dueño es Henry, sin que nunca hubiera recibido un llamado de atención, reconociendo igualmente que sí vendió catálogo de Leonisa en 2013, 2014 con la precisión que los productos los reclamaba en la empresa y le llegaban ahí los clientes o a veces ella los llevaba después de la jornada.

Entonces, la prueba declarativa es contundente en punto a esclarecer la razón por la cual la demandante hizo presencia en el establecimiento de comercio y, particularmente, el verdadero motivo por el cual se expidió la certificación laboral y demás documentos suscritos por el señor HENRY LEÓN en su favor, logrando de esta forma la parte demandada desvirtuar la presunción de su contenido, en la

medida que tanto lo confesado por la promotora de esta actuación como lo informado por el testigo es que la misma desarrollaba una actividad en el establecimiento de comercio ajena a su objeto social -reparación de electrodomésticos y venta de repuestos-, objeto que por demás no era ejecutado de manera permanente en dicho lugar sino que se realizaba a domicilio permaneciendo el local en oportunidades cerrado, amén de que el inmueble donde éste se localizaba también era la residencia tanto de demandante como de demandados por temas de colaboración y ayuda familiar.

Bajo tal entendido, dado que la restante prueba documental tampoco es indicativa de las condiciones en la que dice la actora prestó sus servicios, ya que las copias de los títulos valores vistas a folios 156 a 160 de lo único que dan cuenta es que se constituyeron en favor de los demandados y que la queja interpuesta por un cliente ante la Superintendencia de Industria y Comercio de fecha 24 de agosto lo que refleja es que la señora Carmen fue la persona que atendió una llamada telefónica como así también lo hicieron otras en posteriores ocasiones, es por lo que habrá de mantenerse incólume la decisión absolutoria de primera instancia respecto de las pretensiones incoadas por la demandante, pero no por las razones allí expresadas, esto es, no haber vinculado a la Litis al establecimiento de comercio SERVIPOOL REPARACIONES¹ como verdadero empleador, sino por la total ausencia de prueba de la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre las partes.

Por lo expresado, en vista que la sentencia recurrida no presenta ninguno de los dislates endilgados por la parte demandada se impone su confirmación.

Costas en las instancias a cargo de la parte demandante al haber resultado vencida en juicio.

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 decisión proferida el 25 de octubre de 2019 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso promovido por CARMEN ROSA ANGULO GARCIA en contra de HENRY DARIO LEON BELTRAN y MARIA ANGELICA ANGULO GARCIA, pero conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

¹ El establecimiento de comercio es un conjunto de bienes que como tal no tiene capacidad jurídica para ejercer derechos, contraer obligaciones ni para ser representado judicial y extrajudicialmente siendo su dueño el titular de derechos y obligaciones, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 515 del Código de Comercio que lo define así: “*Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales*”.

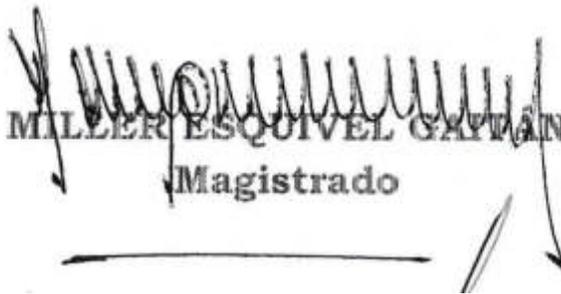
SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$450.000. Las de primera instancia se confirman

La presente sentencia queda notificada en estrados.

Los magistrados,



WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



MILLER ESQUIVEL GAITAN
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.
110013105017201900369-01**

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.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 12 de noviembre de 2020 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **RICARDO MIGUEL POLO LLANOS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal a la Dra. MARIA CAMILA BEDOTA GARCÍA y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, en los términos de los poderes otorgados (fls 9-19).

ANTECEDENTES

RICARDO MIGUEL POLO LLANOS, pretende que se declare la nulidad de su traslado del RPMPD al RAIS efectuada por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS con fecha de efectividad de agosto de 1996 ante la omisión de este fondo del deber de informar con prudencia, pericia de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tiene el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riesgos, beneficios y desventajas; y como consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado; se ordene a esta última

entidad, a recibir como afiliado y a aceptar los valores obtenidos mientras estuvo vinculado en el RAIS y a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas en el RAIS; condenando a las demandadas a lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso. De manera subsidiaria solicita que se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizada al RPMPD al RAIS administrada por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS con fecha de efectividad del primero de agosto de 1996 al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación de esa AFP.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1° de noviembre de 1982 hasta el 30 marzo de 1993; se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS S.A con fecha de efectividad de agosto de 1996; al momento del traslado no fue asesorado o informado por esa AFP de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno y otro régimen, las prestaciones económicas que obtendrá en el RAIS y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de cambiarse de régimen, no le informaron sobre el derecho de retracto, tampoco le realizaron proyecciones futuras de su pensión con la hipótesis que podría surgir entre cada uno de los regímenes, entre otros aspectos; razón por la cual elevó solicitud de traslado ante COLPENSIONES obteniendo respuesta negativa; actualmente se encuentra vinculado y cotizando en la AFP COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS (Fls 5-26)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en forma legal las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y negando o manifestando no constarle la mayoría de los hechos salvo los relacionados con la afiliación a cada una de ellas, la responsabilidad profesional de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, y la solicitud elevada a COLPENSIONES con su respectiva respuesta.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– propuso las excepciones que denominó como el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (fls 80-87)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la genérica, compensación y pago. (Fls.99-108)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de noviembre de 2020, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas; declaró que el traslado del demandante al RAIS administrado por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; declaró que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por COLPENSIONES y que esta entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación del demandante sin solución de continuidad; ordenó a COLFONDOS S.A a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del demandante tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses a que haya lugar, sin autorizar a COLFONDOS S.A a efectuar descuento alguno ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deben ser asumidos por la entidad; ordenó a COLPENSIONES recibir ese traslado de fondos a favor de demandante y convalidarlos en la historia laboral del demandante en este régimen pensional; condenó en costas a las demandadas incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$900.000 M/Cte.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia de acuerdo a las siguientes razones:

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en lo relacionado con la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual, sobre la suma de la aseguradora, gastos de administración que se encuentran relacionados en el art. 104 de la Ley 100 de 1993 que se encarga de regular el cobro de las comisiones, en razón que en el RAIS se administran los recursos privados y públicos que son destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, por lo que el permanecer en el RAIS le ha permitido obtener rendimientos respecto de los dineros que ha cotizado en la cuenta de ahorro individual, razón por la cual sería pertinente que el A quo hubiese ordenado también la devolución de dichos rendimientos de los cuales también se ha beneficiado, puesto que de tener dichas cotizaciones en el RPMPD no hubiese sido posible de que se beneficiará de tener rendimientos sobre esos dineros, como quiera que no es la funcionalidad del RPMPD.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, En cuanto considera que no se valoró debidamente el interrogatorio de parte rendido por el demandante en donde se logró identificar aspectos tales como que efectivamente tuvo una asesoría que duró aproximadamente 20 minutos, pero solo recuerda que se le indicó que el ISS se iba acabar, hace

afirmaciones tales como que conocía que sus dineros iban dirigidos a una cuenta de ahorro individual, conocía que parte de los aportes que realizaba a pensiones iban dirigidos a gastos de administración, conocía el derecho de retracto, sabía que era beneficiario del bono pensional inclusive afirmó que la suscripción del formulario se realizó un mes después de haber recibido esa asesoría previa; en ese sentido se entiende que el demandante tuvo un mes para analizar la procedencia; asimismo se desprende de la misma ley 100 de 1993 que uno u otro régimen ofrecen beneficios diferentes sin que pueda predicarse que uno es mejor o superior que otro; por último, es evidente que si existe un perjuicio pero no lo fue por parte de COLPENSIONES, sino por parte de la AFP a la cual se afilió el demandante, atribuirle una carga inclusive económica pues transgrede los principio de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal concedido la apoderada de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia porque el traslado efectuado por el demandante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, sin que éste hubiera demostrado ningún vicio en el consentimiento, no configurándose los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad habiendo firmado el formulario de afiliación, no siendo procedente la declaratoria de nulidad del traslado ya que afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Por otro lado, el apoderado de la parte actora insistió en la confirmación del fallo de primera instancia pues estuvieron acorde a derecho teniendo en cuenta la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia en temas como el deber de información, doble asesoría y de las cargas imputables a las entidades del RAIS.

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 interrogatorio de parte fue debidamente valorado determinando si con ello se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iii)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema y **iv)** si COLFONDOS S.A está obligado a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación realizada. 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 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).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial 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 29 obra copia del certificado de afiliación expedido por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS que da cuenta que el demandante si se encontraba vinculado a esta AFP, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte del demandante quien indicó que es economista, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación manifestó, que siendo funcionario público de la Red de Solidaridad Social programa de la Presidencia de la República ubicada en Bogotá, fue visitado por la asesora comercial de COLFONDOS S.A a quien atendió en su cubículo, en una charla de 20 minutos ella le informo que el ISS iba a desaparecer que era muy importante que tuviera en cuenta que el fondo público se encontraba en unas circunstancias difíciles, por lo que era mejor que se trasladara a un fondo privado, no corroboró esa información porque creyó en lo que ella le manifestaba, no retorno a COLPENSIONES porque pensaba que los beneficios eran iguales en ambos regímenes, contrario a lo afirmado por la censura, el hecho de que entre la asesoría y la afiliación transcurriera un mes no comporta prueba de la información brindada que le permitiera al actor escoger entre uno y otro régimen, pues no demostró el fondo haber suministrado en ese interregno datos adicionales a los inicialmente proporcionados, por lo que esas diferencias son las que ha debido señalar con precisión y sumo cuidado para que escogiera libremente.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS 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 RICARDO MIGUEL POLO LLANOS 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.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A 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 COLFONDOS S.A 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.

DE LA DEVOLUCIÓN AL RPMPD DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARATORIA DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN Y LA RESTITUCIÓN AL FONDO DE LOS RENDIMIENTOS

Pues bien, sea lo primero señalar que 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 como si nunca hubiera existido, y si ello es así, en ningún dislate incurrió la falladora de primera instancia cuando además de declarar que la actora sigue siendo afiliada al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS, declaratoria que de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil, impone que todos los recursos pecuniarios que surgieron durante la permanencia de la actora en el RAIS debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, dentro de los que también se encuentran, por supuesto, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades (rendimientos).

Al tema resulta oportuno 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, señaló:

“3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

(...)

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 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 solo 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, 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). (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

De la jurisprudencia traída a colación así como del ordenamiento que regula el tema de la nulidad (Art. 1746 del CC), es dable concluir en el presente asunto que la decisión de la A quo resulta atinada en la medida que estableció por parte del fondo privado demandado la obligación de 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 el señor RICARDO MIGUEL POLO LLANOS, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, mostrándose en ese sentido desacertada la petición de devolución de rendimientos por parte de la afiliada si se tiene en cuenta que estos se constituyen como su nombre lo indica en las ganancias “rendimientos” y/o frutos de la administración y el manejo de los dineros que poseía en su cuenta individual; debiéndose en

consecuencia, mantener incólume la sentencia atacada.

DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL RPMPD

Aduce COLPENSIONES que no debió ordenarse aceptar o recibir la devolución que le realice el fondo privado con ocasión de la declaratoria de nulidad del traslado por cuanto tal situación afectaría el equilibrio financiero del RPMPD.

En tal sentido, basta indicar que en oposición a lo manifestado por el recurrente, ninguna lesión al principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones se genera con la determinación del A quo, 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 los recursos que debe reintegrar COLFONDOS 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.

COSTAS

Se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes ante el resultado desfavorable de su 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 12 de noviembre de 2020 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la acción promovida por RICARDO MIGUEL POLO LLANOS en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a las demandadas la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Fijense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$908.526.00 para cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM ZULUAGA GONZÁLEZ
Magistrado Ponente


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. 110013105020201800383-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre 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: Contrato realidad (salarios, prestaciones, indemnizaciones).

Entonces, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia del 24 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ANGEL YOVANNY MORA GUZMAN en contra de HOBBY BTL COMUNICACIONES EVENTOS S.A.S.

ANTECEDENTES

ANGEL YOVANNY MORA GUZMAN promovió demanda ordinaria laboral en contra de HOBBY BTL COMUNICACIONES EVENTOS S.A.S., para que previa declaratoria de la existencia de un contrato verbal de trabajo a término indefinido vigente entre el 10 de marzo de 2014 y el 19 de mayo de 2016, el cual terminó sin justa causa, sea condenada al pago de cesantías, intereses a la cesantía, primas de servicios, vacaciones, subsidio de transporte, el valor de la dotación, la indemnización por despido sin justa causa, aportes a seguridad social en pensión, sanciones moratorias por la no consignación de las cesantías a un fondo y la prevista en el artículo 65 del CST, indexación, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, sucintamente precisó que, suscribió contrato de prestación de servicios con la demandada el 10 de marzo de 2014, del cual no tenía copia; desempeñó el cargo de supervisor en un horario de lunes a viernes de 8 am a 5 pm y sábados de 8 am a 12 pm, devengando la suma de \$800.000 mensuales, debiendo pagar lo

correspondiente a salud y pensión, sin ser afiliado a caja de compensación o ARL; contrato que terminó el día 19 de mayo de 2016, fecha en que la demandada dio por terminada la relación sin justificación alguna; y finalmente, que el 18 de julio de 2016 firmó con la empresa transacción por la suma de \$2.000.000, suma que recibió al prometersele que se le iba a vincular a la empresa con todas las prestaciones de ley.

CONTESTACIÓN

Notificada en legal forma la demandada dió contestación oportunamente con escrito de folios 129 a 134, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos 1, 20 y 21, negando los demás o manifestando no constarle; y propuso las excepciones cosa juzgada por existir transacción, inexistencia del contrato de trabajo por ausencia de subordinación y temeridad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de octubre de 2019, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia del contrato de trabajo y condenó a la demandada a pagar las sumas por concepto de cesantías, interés a la cesantía, vacaciones, prima de servicios, auxilio de transporte, aportes a pensión, absolviendo a la demandada de las demás pretensiones, condenándola en costas en cuantía de 1 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la parte demandante interpuso recurso de apelación para que se revoque la absolución respecto a las indemnizaciones, ya que no ha debido declararse la cosa juzgada frente a las mismas pues los derechos laborales son de naturaleza pública y, por ello, de estricto cumplimiento, estableciendo el artículo 53 de la Constitución Política que los derechos ciertos e irrenunciables se encuentran en la ley, por lo que al haberse transado la naturaleza del contrato de trabajo, el cual es de orden público y reconocido por la ley, de acuerdo con el artículo 1502 del Código Civil, hay un vicio en el consentimiento en el contrato de transacción celebrado por las partes ante el aprovechamiento de las precarias condiciones económicas del demandante al momento del ofrecimiento, tal y como así lo expuso en los hechos 20 y 24 de la demanda, pues se le engañó con la expectativa de tener otro contrato, además que la suma era irrisoria y específicamente no se explicaron los conceptos a que estaba renunciando, lo cual también es concordante con el artículo 15 del CPL, de ahí que al no haber sido su manifestación del vicio contenida en la demanda desvirtuada ni tachada de falsa, debe tener por cierta, porque no se le puede obligar al demandante a probar un hecho cuando tal afirmación no fue refutada por la parte demandada que es la posición dominante en la relación que afecta la parte

débil, razones por las que debe condenarse al pago de las indemnizaciones del artículo 64 y 65 del CST y la sanción por no consignación de cesantías y sus intereses.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora insistió en la revocatoria parcial del fallo de primera instancia ya que no hubo justa causa para dar por terminada la relación laboral.

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

CONSIDERACIONES

Como quiera que punto álgido de la alzada se contrae a determinar si era procedente la condena al pago de las indemnizaciones previstas en los artículos 64 y 65 del CST así como 99 de la Ley 50 de 1990 con ocasión de la declaratoria del contrato de trabajo vigente entre el 10 de marzo de 2014 al 19 de mayo de 2016 y, principalmente, a establecer el verdadero alcance de la transacción celebrada entre las partes, en particular si con ella éstas quedaban a paz y salvo respecto de las mismas y se configuraba la institución de la cosa juzgada; en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS), la Sala estudiará los aspectos que fueron planteados por la parte recurrente, y por obvias razones de técnica comenzara por la validez de la transacción.

CONTRATO DE TRANSACCIÓN

Insiste la apoderada de la parte demandante que el contrato de transacción celebrado entre las partes está viciado no sólo por recaer sobre derechos de orden público que por tanto son irrenunciables sino porque fue producto del engaño al que fue sometido el actor lo cual afectó su consentimiento, lo que imposibilitaba validarlo para absolver a la demandada de las indemnizaciones solicitadas, por lo que forzoso se muestra remitirnos a su contenido para luego sí determinar si se ajusta o no al ordenamiento que en materia laboral regula tal figura.

En tratándose de la figura de la transacción se tiene como un acuerdo cuyo fin es finalizar un litigio o impedir uno futuro, toda vez que las partes renuncian a la exclusividad de los derechos en disputa y eligen ceder parcialmente sus pretensiones mutuas, así pues se precisa que la transacción es declarativa, ya que anuncia que no se requieren más pleitos. Y para que este sea válido, basta que su contenido refleje un acuerdo consensual de terminar extrajudicialmente un pleito o precaver uno latente, máxime cuando sus participantes tienen capacidad dispositiva, de ahí que

pueda afirmarse que la transacción es de naturaleza reconocitiva o declarativa en relación con los derechos que forman el punto de discusión y no trasmitiva, por lo que es suficiente para su perfeccionamiento el acuerdo entre las partes, con la obvia claridad que en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social la transacción es posible siempre y cuando verse sobre derechos inciertos y discutibles (Artículos 53 de la C. N y 15 del C. S. T), al mismo tiempo, es imperioso que las partes celebrantes del contrato transaccional tengan capacidad de ejercicio, que su consentimiento no adolezca de vicios y, que el convenio recaiga sobre un objeto lícito y tenga una causa lícita (Artículo 1502 del C. C).

En suma, los requisitos de validez del contrato de transacción, son: “*i) exista un litigio pendiente o eventual (art. 2469 C. Civil), ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S.T.), iii) la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios, y si se pacta mediante representante judicial, éste debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y, iv) que hayan concesiones mutuas o recíprocas*”. (CSJ SL rad. 75199 del 7 de junio de 2017).

En este punto conviene recordar que si bien el hecho de que exista un contrato de transacción no impide que el trabajador demande al empleador, deberá el trabajador alegar la nulidad del contrato correspondiéndole al juez determinar si la transición se hizo en derecho o no, y declarar o no la cosa juzgada en función de la evaluación que haga del contrato de transacción, por supuesto considerándolo en todo su conjunto y no de manera fraccionada.

En tal sentido, una juiciosa lectura del contrato de transacción obrante de folios 27 a 28, permite sostener que tanto el demandante ANGEL YOVANNY MORA GUZMAN como la sociedad demandada HOBBY BTL COMUNICACIONES EVENTOS S.A.S, a través de su representante legal, el 18 de julio de 2016, esto es, cerca de dos meses luego de finalizar el contrato, de manera libre, voluntaria y espontánea contemplaron la posibilidad de transar las diferencias y obligaciones anteriores, presentes y futuras inciertas y discutibles surgidas con ocasión de la prestación personal de los servicios del libelista que para esa calenda se alegaban como independientes, de lo cual dejaron expresa constancia en los numerales 1 y 7, sin que la declaratoria en el curso de esta actuación de la existencia de un verdadero contrato de trabajo anule tácitamente este último contenido, al punto de desechar de plano la manifestación de paz y salvo frente a los derechos laborales que reúnen tales características como lo son las indemnizaciones deprecadas, y, en ese orden, no resulta equivocada la excepción de cosa juzgada que el Juez adoptó frente a las mismas.

En cuanto a los derechos ciertos e indiscutibles, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que “*...el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la*

norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento...” (CSJ SL radicación 32051 del 17 de febrero de 2009).

En la misma línea, referente a la acreditación del vicio del consentimiento, basta señalar que con arreglo a los arts. 1508 a 1516 del C.C, el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso, por tanto, como quiera que en el caso bajo examen, no acreditó la parte accionante un hecho constitutivo de cualquiera de ellos, particularmente, que hubiera suscrito el contrato bajo la falsa expectativa de que sería vinculado nuevamente a la empresa, ya que ninguno de los testigos dio fe de tal situación, como tampoco la ello se desprende de la documental incorporada, por supuesto que la sola manifestación realizada en el libelo genitor no puede considerarse como prueba en favor del promotor de esta actuación, como erradamente lo sostiene el mismo, ya que nadie puede beneficiarse de sus propias afirmaciones, máxime cuando no se dispuso por parte del Juez de conocimiento alguna confesión ficta o presunta en contra de la convocada a juicio, todo lo cual permite concluir la validez del contrato de transacción suscrito por las partes en juicio en tratándose de las sanciones solicitadas, por lo que no queda de otra alternativa que confirmar la providencia apelada

Y por último, sobre la institución jurídico procesal denominada cosa juzgada, para que ésta se dé se requiere de tres identidades, a saber: identidad de objeto, identidad de causa e identidad de partes, constituyendo las dos primeras lo que se ha denominado límites objetivos de la cosa juzgada y la última, límites subjetivos. El requisito de identidad de sujetos o partes hace relación a que la cosa juzgada debe tener efectos relativos, es decir, limitados a las partes y excluyendo a los terceros, el que es evidente en autos, toda vez que las partes contendientes, en el sub-lite, figuran como las contratantes en el acuerdo transaccional. La identidad de objeto hace relación al bien o cosa corporal o incorporal, ya sea de género o especie o estado de hecho, por lo que en la demanda es la pretensión, y la identidad de causa (causa petendi) hace relación con la razón de la pretensión que se ejerce en el proceso, o sea, el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio o razón que invoca el demandante al formular la pretensión de la demanda; estos dos últimos que también se verifican en el sub examine en la medida que el objeto del acta de transacción se indicó que recaía sobre derechos inciertos y discutibles, los cuales son fácilmente determinables ante la declaratoria de la existencia de un verdadero contrato de trabajo.

COSTAS

En la instancia a cargo de la parte demandante al haberle resultado desfavorable su recurso.

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

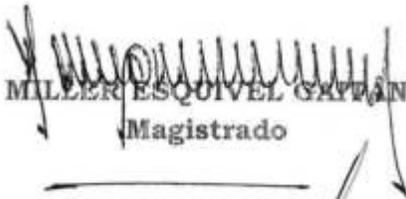
PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 24 de octubre de 2019 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso promovido por ANGEL YOVANNY MORA GUZMAN en contra de HOBBY BTL COMUNICACIONES EVENTOS S.A.S., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

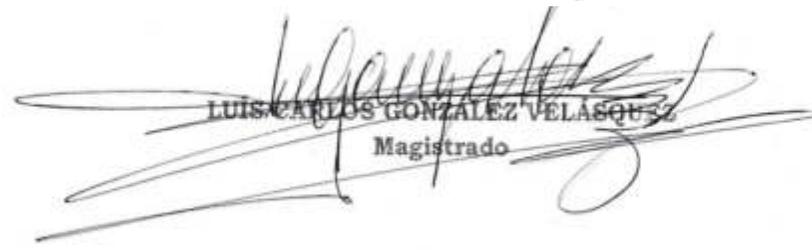
SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$250.000. Las de primera instancia se confirman

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


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. 110013105012201800450-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre 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 Luís 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 el apoderado de PORVENIR S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 25 de noviembre de 2019, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **CLAUDIA GRACIELA FERNANDEZ OLARTE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - , COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS** y **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal a la Dra. MARIA CAMILA BEDOTA GARCÍA y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, en los términos de los poderes otorgados (fls 204 vto 215).

ANTECEDENTES

CLAUDIA GRACIELA FERNANDEZ OLARTE, pretende que se dé aplicación del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia contenido en las sentencias radicado No. 13314 del 2008, radicado No. 46292 del 3 de septiembre de 2014 y SL 17595 del 18 de octubre de 201; se declare la nulidad del traslado del RAIS administrado por COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A por el

incumplimiento de los deberes legales de información y deber de asesoría los cuales generaron un error de hecho que vició su consentimiento; se declare válidamente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES; y en consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A a registrar en sus sistemas de información que la afiliación al RAIS estuvo viciada de nulidad por error de hecho por el incumplimiento de los deberes legales de información; se ordene a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos e intereses a que haya lugar; se condene a esta última entidad a activar la afiliación en pensión y a actualizar en la historia laboral las cotizaciones efectuadas al RAIS; lo que resulte ultra y extra petita; al pago de costa y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, narró en síntesis, que nació el día 8 de septiembre de 1964; empezó a cotizar al sistema de pensiones a través de la Rama Judicial desde el 7 de octubre de 1987 hasta el 5 de mayo de 1982; cotizó al ISS a través de la Federación Nacional de Arroceros desde el 12 de mayo de 1992 hasta el 14 de septiembre del mismo año teniendo acreditadas para ese momento 253 semanas de cotización; en mayo de 2001 la AFP COLFONDOS S.A persuadió para que se vinculara a dicho régimen de pensiones haciéndole creer que era lo más conveniente; induciendo en error al decirle que si no se trasladaba de régimen por la inminente liquidación de las Cajas de Previsión perdería el tiempo de cotización; no le informo las implicaciones de trasladarse, ni sobre la naturaleza propia de este régimen, tampoco sobre las ventajas y/o riesgos de afiliarse al RAIS, entre otros aspectos; se trasladó a PORVENIR S.A en enero de 2004; mientras estuvo en el RAIS nunca recibió asesoría profesional, completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional; en enero de 2018 al encontrarse cerca a la edad de pensión la AFP PORVENIR S.A le realizó una simulación de la mesada pensional en donde en el RAIS iba hacer de \$2.040.100 y en el RPMPD sería de \$7.092.900; razón por la cual ha elevado solicitudes ante las demandadas siéndoles negadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma, en término, las demandadas dieron contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad, cotizaciones, la simulación realizada por PORVENIR S.A,

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls 78-84).

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, planteó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. (fls 118-135)

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 laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 139-147).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de noviembre de 2019 el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia en el sentido estricto así como la nulidad por error de hecho de la relación jurídica de afiliación, cotización y/o beneficios de la demandante al RAIS, celebrada en su momento con el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A el 19 de abril de 2001, según formulario de afiliación obrante a folio 137 del expediente, así como las relaciones que subsiguieron a ella puntualmente la del 19 de enero del año 2004 con el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A; condenó a esta última entidad, a realizar el traslado del RAIS al RPMPD tanto de la relación jurídica de afiliación como del valor de saldos, aportes y rendimientos que se haya consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante; condenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado y a recibir el monto de aportes, saldos pensiones y rendimientos ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento del derecho al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular; absolvió a las demandadas de las demás súplicas de la demanda; declaró no probadas las excepciones formuladas por COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A y COLPENSIONES; sin condena en costas en esa instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación para que se revoque en su integridad, pues la afiliación de la demandante a ese fondo obedeció a una decisión libre, espontánea y sin presiones e informada, tal y como consta en el formulario de afiliación siendo este expresamente autorizado por la Superintendencia Financiera de Colombia, razón por la cual no se puede alegar ilicitud;

además no puede pasarse por alto el hecho de la ratificación realizada con el traslado horizontal, evidenciándose el deseo de pertenecer en el RAIS pues en el extenso tiempo realizó aportes ratificando su decisión y su voluntad; respecto a la presunta existencia de un vicio del consentimiento se debe decir que en el momento de la afiliación se dio la información necesaria y suficiente sobre el alcance y las consecuencias del traslado y el deber de información y buen consejo no se encontraba vigente tal y como se ha sostenido; por último, las condiciones y las características propias del caso en concreto en la medida que la demandante por sus condiciones académicas culturales, sociales, no la excusa para no haber sido una persona diligente en buscar información respecto a las condiciones de afiliación, ya que la misma ley le da la posibilidad de buscar y optar por uno u otro régimen.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal concedido la apoderada de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia porque el traslado efectuado por la demandante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, sin que ésta hubiera demostrado ningún vicio en el consentimiento, no configurándose los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad habiendo firmado el formulario de afiliación, no siendo procedente la declaratoria de nulidad del traslado ya que afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, A su vez, PORVENIR S.A también pidió que se revoque el fallo por la falta de demostración de un vicio en el consentimiento por parte de la demandante sin que se le puedan imponer cargas no previstas en la ley vigente al momento de la suscripción del formulario. Finalmente, la parte actora insiste en que se confirme el fallo de primera instancia ya que se encuentra acorde con los parámetros normativos y lo señalado por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, asimismo se incumplió con el deber de información por parte de las AFP PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A.

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 tanto el formulario de Afiliación firmada por la demandante como su interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado y que por su calidad de profesional debía conocer, **iii)** si la permanencia en

el RAIS y el traslado entre fondos sanea la nulidad del traslado de régimen. 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 de la actora

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 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).

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 137 obra copia del formulario de afiliación a COLFONDOS S.A diligenciado el 19 de abril de 2001 y con fecha de efectividad 1º de junio del mismo año, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos (fl 136). De igual manera se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó que es publicista, frente a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó que para ese momento se encontraba trabajando en la empresa de Lotería de Bogotá, estaba con una compañera y las abordó un representante de COLFONDOS S.A quien les hizo una charla aproximadamente de media hora en la que les expuso ventajas que tenían si trasladaban de un fondo público a uno privado, en esa charla les expuso las siguientes ventajas: que había un riesgo de que se terminara el fondo público, que el capital que estaba aportando iba a ser suficiente para mantener una mesada pensional bastante justa y equitativa como el salario que estaba devengando, que se podría pensionar anticipadamente, pero no le informó el capital que tenía que tener para adquirir esa pensión, tampoco le hizo una comparación entre los dos regímenes; no hizo aportes voluntarios y sí recibió extractos de pensión obligatoria.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS 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 CLAUDIA GRACIELA

FERNANDEZ OLARTE 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 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 COLFONDOS S.A 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 COLFONDOS S.A diligenciado el 19 de

mayo de 2001, con fecha de efectividad del 1° de junio de ese mismo 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 desde el año 2001, ni su condición de profesional -publicista- genere la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, 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, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

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

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 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

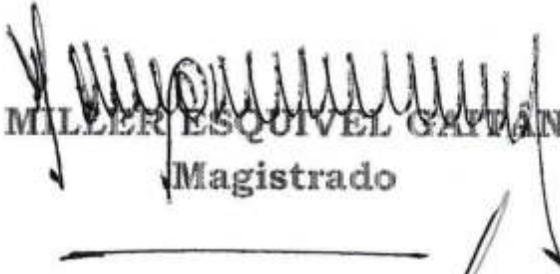
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2019 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por CLAUDIA GRACIELA FERNANDEZ OLARTE en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM ZULUAGA GONZÁLEZ
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105021201600452-01

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

TEMA: Contrato realidad- prueba de la subordinación - prescripción y buena fe en condena por aportes a seguridad social.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 25 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por HECTOR ALONSO TERREROS RIOS en contra MULTIGLOBAL METAL S.A.S.

ANTECEDENTES

HECTOR ALONSO TERREROS RIOS promovió demanda ordinaria laboral en contra de MULTIGLOBAL METAL S.A.S., para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 28 de noviembre de 2013 y el 23 de agosto de 2014, que finalizó por decisión de la empleadora sin justa causa, sea condenada al pago de los aportes a seguridad social, la diferencia de las incapacidades médicas reconocidas por la ARL Positiva por el periodo comprendido del 8 de febrero al 23 de agosto de 2014, las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicio, las vacaciones, la dotación legal por valor de \$500.000, el auxilio de transporte y las indemnizaciones por no pago de las cesantías, de los intereses a las cesantías, por despido sin justa causa, por despido ilegal a razón de 180 días, la moratoria del artículo 65 del CST, la indexación, lo que resulte ultra o extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones indicó, en síntesis, que, se vinculó con la demandada el 28 de noviembre de 2013 por contrato verbal, para desempeñar funciones de conductor y ayudante de carga, pactando un salario de \$40.000 diarios así como una jornada laboral de lunes a sábado de 8:00 am a 5:00 pm; el 8 de febrero de 2014 sufrió un accidente laboral por lo que las incapacidades medicas fueron reconocidas por la ARL Positiva desde el 8 de febrero de 2014 hasta el 23 de agosto del mismo año liquidadas con base en el salario mínimo; el 23 de agosto le fue terminado, sin justa causa, el contrato de trabajo aun cuando gozaba de estabilidad laboral reforzada por su estado de salud, sin que se le

cancelara suma alguna por concepto de liquidación final siendo que durante la vigencia del vínculo no se le afilió a seguridad social, no le cancelaron las prestaciones sociales y no disfrutó de vacaciones.

CONTESTACIÓN

Notificada en legal forma la demandada, a través de curador, dio contestación oportunamente con escrito de folios 107 a 114, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, manifestando no constarle todos los hechos y propuso las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de noviembre de 2019, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: Declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 28 de noviembre de 2013 hasta el 23 de agosto de 2014; condenar a la demandada a pagar a la actora, los siguientes conceptos: \$505.788,89 por auxilio de cesantías, \$35.249,60 por intereses a la cesantías, \$505.788,89 por prima de servicios; \$226.688 por compensación de vacaciones que debe pagarse indexado; \$636.750 por auxilio de transporte que debe pagarse indexado; \$35.249,60 por sanción por no pago de intereses a las cesantías; \$3.713.850 por sanción por no consignación de cesantías; y los intereses moratorios sobre \$1.046.827,38 que es el valor de las prestaciones sociales, a la tasa máxima de créditos de libre asignación a partir del 24 de agosto de 2014; condenar a efectuar los aportes a pensiones del 28 de noviembre de 2013 al 23 de agosto de 2014, con base en el salario mínimo legal vigente; declarar no probadas las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda y buena fe; negar las demás pretensiones incoadas por el actor; y, condenar en costas a la demandada en la suma de \$400.000 como agencias en derecho.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, las partes interpusieron recurso de apelación así:

La parte demandante, porque no se declaró que la terminación del contrato lo fue sin justa causa, pese a que en el interrogatorio de parte se dejó claro por parte del demandante, que él sí se presentó el día de terminación de su incapacidad con intención de continuar el vínculo, pero que fue el empleador el que le dijo que no volviera porque no había espacio para él dentro de la compañía, de ahí que al no haber prueba del incumplimiento del contrato por el demandante, es claro que la intención de la empresa era terminarle sin justa causa el contrato.

Por su parte, **la demandada**, a través de curador ad litem, estima que la certificación laboral allegada no podía tenerse como cierta para acreditar la relación laboral, ya que el demandante no demostró la prestación personal de sus servicios en favor de dicha sociedad ya que refirió que había laborado para Fredy y Leonardo sin que ellos sean parte integrante del empleador; habiendo presentado contradicción los testigos respecto para quien trabajaba el actor, pues el testigo Miguel dijo que lo recomendó para el trabajo con estas dos personas mencionadas, pero no relaciona la compañía, y al otro testigo no le constaban los hechos de la vinculación, ni los extremos temporales, y en el interrogatorio de parte tampoco el actor no tenían claras las fechas de inicio y terminación, además, los aportes a seguridad social fueron realizados por una empresa distinta, sin tenerse por tanto certeza sobre quién fue en verdad su empleadora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora insistió en que el salario devengado fue la suma de \$960.000 mensuales y por tanto ha debido ordenarse el cálculo de las prestaciones, los aportes a seguridad social, las indemnizaciones y demás acreencias con base en el mismo, debiendo disponerse el pago de la indemnización moratoria por cuanto se demostró que existió mala fe.

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

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se contrae a determinar si entre las partes se verificó un verdadero contrato de trabajo, con especial énfasis en la valoración probatoria del certificado laboral, el interrogatorio rendido por el actor y los testimonios sobre la prestación personal del servicio; y en caso afirmativo, si el contrato terminó sin justa causa imputable al empleador; ello en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

CONTRATO DE TRABAJO - PRESTACION PERSONAL DEL SERVICIO

El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a su cargo, **la demostración de la prestación continua del servicio**, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación*

personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.» (CSJ SL362-2018, Radicación N.º 53801 del 21 de febrero de 2018 M.P Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.).

En el caso bajo examen, contrario a lo manifestado por la convocada a juicio, la certificación laboral vista a folio 27, en la que expresamente se consignó que el señor HECTOR ALONSO TERREROS RIOS trabajó en la empresa MULTIGLOBAL METAL SAS desde el 28 de noviembre de 2013 hasta el 23 de agosto de 2014 como conductor, la cual firmó el 17 de octubre de 2014 el señor Leonardo Rivera en su condición de Ejecutivo de Sur América, brinda certeza sobre la prestación personal del servicio por parte del actor en favor de dicha sociedad, ello habida cuenta que tal documento no fue tachado y/o refutado de falso dentro de la presente actuación y por tanto, no le es dable al Juez apartarse de su contenido, debiendo, en consecuencia, reputarse como cierto, a menos, claro ésta, que el empleador demandado acredite contundentemente que lo registrado en esas constancias no se aviene a la verdad¹, situación esta última que en el *sub lite* no se evidenció; amén de que los testigos fueron contestes identificar al señor Leonardo Rivera como jefe del demandante, por lo que ninguna contradicción advierte la Sala en sus declaraciones sobre quién es el verdadero empleador si se tiene en cuenta que justamente quien suscribió la certificación laboral resulta ser nada más y nada menos que el representante legal de la sociedad demandada, según el certificado de existencia y representación legal que consta a folio 25 vto.

De tal suerte, dado que los testigos, al relatar los hechos que rodearon el accidente laboral del demandante, también coincidieron en que ocurrieron en las instalaciones y con ocasión de la prestación del servicio de éste la empresa demandada, en particular lo dicho por el testigo Yolian quien se encontraba en el lugar de los hechos cuando ocurrió dicho suceso, es dable concluir que en ningún dislate incurrió la A quo cuando encontró satisfecha la carga probatoria por parte del actor frente a la prestación personal de sus servicios a MULTIGLOBAL METAL SAS, pues tanto la prueba documental como la declarativa dio cuenta de dicho elemento, y con él, de la presunción prevista en el artículo 24 del CST la cual no fue desvirtuada por la pasiva.

¹ En cuanto a las certificaciones laborales es criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: “(...) El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral...”. (CSJ SL, sentencias del 8 de marzo de 1996 radicado 8360, 2 de agosto de 2004 radicación 22259 y 23 de septiembre de 2009 radicado 36748, entre otras).

TERMINACION DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA

Como quiera que la parte actora dirigió su recurso de apelación exclusivamente a reprochar que no se declarara en la sentencia de primera instancia que la terminación del contrato lo fue sin justa causa, aun cuando en el interrogatorio de parte indicó que se presentó el día de terminación de su incapacidad con intención de continuar el vínculo habiendo sido el empleador el que le dijo que no volviera, basta precisar que de conformidad con lo previsto en el artículo 191 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT y de la SS, es presupuesto de la confesión *“que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria”*, de ahí que en ningún desatino incurrido la A quo cuando desestimó la exposición del actor relacionada con el cumplimiento de sus obligaciones y la decisión del empleador acerca de prescindir de sus servicios, ya que no le es posible beneficiarse de sus propias manifestaciones, sobre todo considerando que era quien soportaba la carga de la prueba frente a la efectiva terminación del vínculo por parte de la empleadora, esto es, debía demostrar que el finiquito de la relación obedeció a la voluntad de la convocada a juicio, lo que no hizo, al punto de que ninguna documental brinda certeza de ese evento y los testigos puntualizaron que no les constaba, situación que de suyo impide que se determine si la dicha terminación estuvo o no fundada en una justa causa.

Así las cosas como dentro del plenario no se acreditó que hubiese existido despido del actor y, menos aún, originado en su estado de salud, habrá de confirmarse la absolucón que frente a las indemnizaciones por despido sin justa causa declaró la primera instancia (Art 64 de CST mod art 28 de la ley 789 de 2002 y Art 26 de la ley 361 de 1997)

En suma, por cuanto la sentencia recurrida no presenta ninguno de los dislates endilgados se impone su confirmación.

COSTAS

Sin costas en esta instancia atendiendo el resultado desfavorable de los recursos interpuestos. Las de primera instancia se confirman.

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 del 25 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por HECTOR ALONSO TERREROS RIOS en contra MULTIGLOBAL METAL S.A.S., conforme a las razones expuestas en la parte

motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



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. 110013105032201800502-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre 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: Contrato realidad (salarios, prestaciones, indemnizaciones).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante contra la sentencia del 13 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NELLA BEATRIZ NIETO ESCORCIA en contra de CAPITALIZACIONES MERCANTILES LTDA.

ANTECEDENTES

NELLA BEATRIZ NIETO ESCORCIA promovió demanda ordinaria laboral en contra de CAPITALIZACIONES MERCANTILES LTDA, para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido vigente entre el 3 de enero de 2011 y el 1° de julio de 2016, el cual terminó sin justa causa imputable al empleador, sea condenada al pago de horas extras, dominicales y festivos, cesantías, intereses a la cesantía junto con la sanción por su no pago oportuno, primas de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social en salud y pensión, así como las indemnizaciones por despido sin justa causa, moratoria del artículo 65 del CST y por la no consignación de las cesantías a un fondo, la indexación, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, precisó sucintamente que, el 3 de enero celebró con la sociedad demandada contrato verbal de trabajo a término indefinido, modalidad que se modificó el 3 de febrero de 2011 a la de contrato de prestación de servicios, en virtud del cual desempeñó el cargo de enfermera del señor Raúl Valbuena, quien padece de parkinson, neuropatía y tiene marcapasos; prestaba sus servicios en la carrera 9 No.

93-09 Apto 402, en un horario de domingo a domingo de 7pm a 7am y los domingos hasta las 9:30 am, devengando como salario la suma de un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000), recibiendo órdenes y directrices a través del representante legal de la sociedad demandada, contrato que se dio por terminado el 29 de julio de 2016 cuando la señora Luz Mery Carvajal como representante legal de la sociedad demandada le informó por escrito que se basaba en la cláusula décima tercera, parágrafo del contrato de prestación de servicios, y solamente se le afilió al Sistema General de Seguridad Social entre el 3 de enero y el 3 de febrero de 2011. (fls 3-24 y subsanación 47-49)

CONTESTACIÓN

Notificada en legal forma la demandada dio contestación oportunamente con escrito de folios 64 a 73, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, negó la mayoría de los hechos salvo el relacionado con el no pago de pensiones y cesantías; y propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de septiembre de 2019, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: Declarar probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, absolver a la demandada de la totalidad de las pretensiones y condenar en costas a la demandante incluyendo un (1) SMLMV como agencias en derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación al estimar que sí existió subordinación, ya que los instrumentos y la historia clínica entregada a la actora no eran una guía para la prestación de servicios sino indicaciones precisas para el desarrollo de su labor, de ahí que la subordinación no es sólo indicación y aprobación de órdenes, sino que también es el cumplimiento de parámetros establecidos por el patrono, entre ellos, el cumplimiento de horarios, entrega a otras personas, entrega de turnos; además, se presenta contradicción respecto a la valoración sobre la vinculación adicional de la actora porque la misma no le permitía a la demandada obviar sus obligaciones laborales, por tanto, al haber cumplimiento de horarios y de instrucciones específicas de la labor, pago de unos honorarios de un tiempo que no laboró a similitud de vacaciones, es por lo que lo que se presentó en este caso fue un desconocimiento de la vinculación laboral inicial de las partes que duró un mes, la cual dejaba clara las intenciones del cumplimiento de los tres elementos del contrato de trabajo, siendo

desde ese momento y en adelante una relación laboral, hallándose probado con los testimonios que los cambios de horarios debían ser informados y aprobados por la demandada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido el apoderado de la parte actora insistió en la revocatoria del fallo de primera instancia al encontrarse reunidos los tres elementos del contrato de trabajo, bastándole a la demandante probar su actividad personal para presumir en su favor el vínculo laboral, sobre todo cuando su vinculación inicial lo fue de carácter laboral y se encuentra probada la subordinación.

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

CONSIDERACIONES

El litigio gira en torno a establecer si entre las partes existió una relación laboral regida por un verdadero contrato de trabajo y, en consecuencia, le asiste derecho a la actora en el reclamo de sus acreencias laborales, con especial énfasis en la valoración probatoria realizada por la A quo, en virtud de lo previsto en el artículo 66 del C.P.T y de la SS.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

Aun cuando sostuvo la demandante que celebró verbalmente con la sociedad demanda un contrato de trabajo el cual posteriormente fue modificado por uno de prestación de servicios, ningún medio probatorio dio cuenta de esa situación, pues el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES que consta de folios 40 a 43, lo único que permite establecer es que si bien hubo una afiliación por parte de la demandada en favor de la actora para el período comprendido entre el 1º y hasta el 28 de febrero de 2011, ningún pago se produjo por ese lapso, amén de que la sola afiliación a seguridad social no es indicativa de la existencia de un contrato de trabajo pues para la estructuración de este, se requiere la coexistencia de los elementos del contrato de trabajo.¹

Aclarado lo anterior, se adentra la Sala a establecer si en la ejecución del contrato de prestación de servicios profesionales de enfermería celebrado entre las partes visto de folios 25 a 29.

¹ CSJ Sentencia del 18 de marzo de 1994, radicado 6261, sentencia del 10 de marzo de 2005 radicado 24313, y sentencia del 5 febrero de 2009, rad. 35066, reiterada en sentencia CSJ SL21668-2017, entre otras.

DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO

El Código Sustantivo de Trabajo, artículo 22, define el contrato de trabajo como: *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: **a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) El salario como retribución del servicio.**

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, **la demostración de la prestación continua del servicio**, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador».”* (CSJ SL362-2018, Radicación N° 53801 del 21 de febrero de 2018 M.P Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.).

De tal suerte, dado que en el cartulario se encuentran debidamente probados los servicios personales que prestó la señora NELLA BEATRIZ NIETO ESCORCIA en actividades de enfermería, aspecto que no se discutió por la demandada y halló demostrado el A quo, al igual que por tales servicios se le retribuía económicamente previa presentación de cuentas de cobro, correspondía a la demandada la carga de la prueba tendiente a desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST.

Al respecto, se remite este colegiado al análisis en su conjunto de la prueba tanto documental como declarativa recaudada en el curso del proceso, la que en lo que interesa a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que

el demandante desarrolló su labor, se contrajo de una parte, al contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes, de acuerdo a las necesidades del servicio, para prestar los servicios de enfermera para el señor RAUL VALBUENA, por un valor total mensual de \$1.200.000oo, para lo cual debía presentar cuenta de cobro junto con el certificado de pago de seguridad social (fls 25-29), así como las cuentas de cobro junto con los comprobantes de pago (fls 32-69 y 76-162) y la certificación expedida el 30 de mayo de 2013 sobre la labor desarrollada por la actora a través de contrato de prestación de servicios (fl 31); de otra, tanto el interrogatorio de parte por ella absuelto como el testimonio de la señora María Edna Corral Gallo, las que de ninguna manera brindan certeza que en su actividad de enfermería estuvo bajo la continuada subordinación de la empresa contratante, al punto que tal testigo fue enfática, clara, precisa y coherentes en afirmar que la relación entre ellas y la demandada estuvo amparada bajo los postulados del contrato de prestación de servicios, ya que podían disponer de su jornada laboral para lo cual simplemente le informaban al señor RAUL.

Así las cosas, una vez revisado el material probatorio que milita en el expediente se tiene que la prueba declarativa fue contundente al confesar la propia demandante al absolver interrogatorio de parte que se turnaba con la señora María Edna Corral Gallo para desarrollar la actividad de enfermería ya que habían dos enfermeras, una por noche, día por medio, recibiendo la historia clínica, medicamentos y rutina del paciente, acatando las órdenes de los hijos del señor Raúl quienes no son médicos, le pagaban \$1.200.000 y solo le aumentaron \$50.000, si faltaba la compañera la reemplazaba y le pagaba en tiempo o en dinero, prestaba sus servicios de 7 pm a 7 am y los domingos hasta las 9 am cuando llegaban los escoltas, también trabajaba en la Clínica de la Sabana de 8 am a 3 pm, dentro de sus labores estaban las de lavar, vestir, afeitarse, hacer terapia física, asistirlo en el baño y dejarlo sentado en la mesa, los hijos la llamaban algunas veces desde EE.UU. indicándole sobre el cambio de medicamentos por lo cual llegó a entrar en contradicciones al ponerse en riesgo la vida del señor Raúl, nunca reclamó el pago de prestaciones sociales, en diciembre cuando éste viajaba 10 o 15 días ellas no iban a laborar pero se les pagaba normal, debiendo estar al pendiente de su regreso y, que terminó de prestar el servicio porque se enfrentó a un hijo de Raúl y no le gustó.

Entre tanto, la testigo MARÍA EDNA CORRAL GALLO, relató que empezó al mismo tiempo que la demandante como enfermera aunque terminó su vínculo laboral antes que ella, trabajaban de lunes a domingo de 7 pm a 7am y los festivos hasta las 8:30 am o 9 am, siendo ellas mismas las que determinaban los turnos que debían ser en horas de la noche, programando que primero empezaría la actora, en caso de ausencia una le avisaba a la otra para que la cubriera y se pagaban tiempo por tiempo, comunicándole al señor Valbuena, se les daban ordenes sobre el cuidado del señor Raúl sobre sus cuidados y en caso de alguna recaída del señor Raúl se comunicaban con los hijos de él sin tener nunca llamados de atención ni memorandos.

Material probatorio del que fácil es colegir que la demandada CAPITALIZACIONES MERCANTILES LTDA desvirtuó la presunción de que los servicios prestados por la demandante fueron realizados bajo su continuada subordinación y dependencia, siendo que, por el contrario, permiten aseverar que los ejecutó con plena autonomía, debiendo considerarse en todo caso que era premisa para acceder a sus pretensiones que se hallara demostrada la subordinación jurídica entendida como aquel deber de los trabajadores de acatar las órdenes e instrucciones que le impartan sus superiores jerárquicos dentro del marco de obligaciones del contrato, la que al no encontrarse acreditada en el sub examine, ya que junto con su compañera tenían no sólo la posibilidad de disponer como se cubría el mismo ante sus ausencias sin afectar su remuneración con tal proceder pues entre ellas mismas se pagaban en tiempo o en dinero, sino que no contaban dentro de su jornada laboral con una persona que las supervisara toda vez que la comunicación la mantenían con los hijos del señor Raúl, fundador y socio de la demandada, quienes la llamaban a ella y/o su compañera desde EEUU para brindarles indicaciones sobre cambios de medicamentos, actuar éste que de ningún modo se traduce en ordenes si se tiene en cuenta que es la propia actora la que informa que atendiendo justamente sus conocimientos llegó a entrar en contradicción con ellos sobre ese aspecto, circunstancia a la que se suma que aun en tiempos de no prestación del servicio se les canceló completamente la remuneración, lo cual ocurría sobre todo en diciembre, sin que durante la ejecución del contrato se les hiciera llamado de atención, circunstancias que así vistas no dejan alternativa distinta que la de confirmar la sentencia adoptada por el Juez primigenio al encontrarla ajustada a derecho, máxime cuando este requisito de la subordinación es el elemento principal para poder declarar la primacía de la realidad sobre las formas a la que hizo alusión la recurrente.

Al tema oportuno resulto recordar lo dicho por la CSJ en la sentencia SL3616 de 2020 sobre la aplicación de la presunción en las profesiones liberales y los contratos civiles y comerciales, cuando puntualizó:

“Además, la Corte ha aplicado la presunción de existencia de contrato de trabajo en profesiones liberales y en contratos civiles o comerciales, sin diferenciación en cuanto al sector público o privado, la naturaleza de las funciones y sin exigir requisitos adicionales más que la demostración de la prestación personal del servicio, entre otras, en sentencias CSJ SL4816-2015, CSJ SL6621-2017, CSJ SL2885-2019 y en la CSJ SL981-2019.

En los casos aludidos, la Corte adocrinó que la presunción de contrato de trabajo cubija el ejercicio de tales actividades y que, en cada caso concreto, se establecerá la existencia de una relación subordinada, siempre que así derive de las circunstancias de ejecución de la prestación del servicio; por tanto, corresponde al contratante desvirtuar la presunción legal y demostrar que aquella se prestó con la autonomía e independencia propias del esquema civil o comercial.

En ese sentido, solo si se logra demostrar que en el desarrollo de la relación el contratista realmente tuvo la autonomía para disponer si la prestación del servicio la realizaba personalmente o a través de otra persona, la subordinación

desaparece, dado que el primer elemento de la relación laboral no fue esencial en el contrato que ligó a las partes, aspecto último que el Tribunal estableció a partir de los testimonios.”

Costas en las instancias a cargo de la parte demandante al haber resultado vencida en juicio.

En merito 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

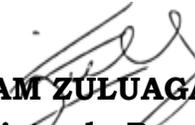
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 13 de septiembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso promovido por NELLA BEATRIZ NIETO ESCORCIA en contra de CAPITALIZACIONES MERCANTILES LTDA, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

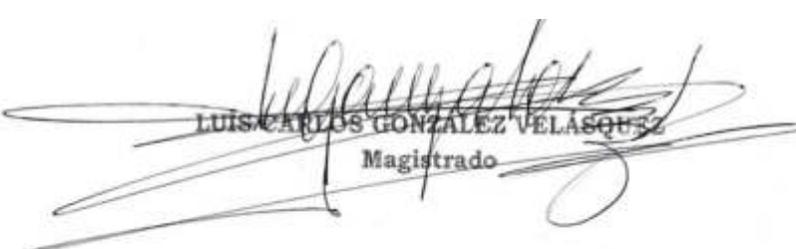
SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$550.000 Las de primera instancia se confirman

La presente sentencia queda notificada en estrados.

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM ZULUAGA GONZÁLEZ
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. 110013105026201900609-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre 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 Luís 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 PORVENIR S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 6 de marzo de 2020 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **CLARA INES FONSECA MENDOZA** 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 principal a la Dra. MARIA CAMILA BEDOTA GARCÍA y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, en los términos de los poderes otorgados (fls 167 vto- 178)

ANTECEDENTES

CLARA INES FONSECA MENDOZA, promueve demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A para que se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS efectuada por PORVENIR S.A con fecha de efectividad del 1° de octubre de 2002 ante la omisión al deber de informar con prudencia, pericia, de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riesgos, beneficios y desventajas; y

como consecuencias, se condene a PORVENIR S.A a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado; se ordene a esta última entidad a reconocerla como afiliada y a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS y a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas; lo que resulte ultra y extra petita, las costas y gastos del proceso. De manera subsidiaria solicita que se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizada al RPMPD al RAIS administrada por PORVENIR S.A con fecha de efectividad del primero de octubre de 2002 al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación de esa AFP.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el día primero de enero de 1990 hasta septiembre de 2002; se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A con fecha de efectividad del primero de octubre de 2002; al momento del traslado no fue asesorada o informada por esa AFP de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno y otro régimen, las prestaciones económicas que obtendrá en el RAIS y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de cambiarse de régimen, ni le mencionaron el derecho de retracto, tampoco le realizaron proyecciones futuras de su pensión con la hipótesis que podría surgir entre cada uno de los regímenes, entre otros aspectos; razón por la cual elevó solicitud de traslado ante COLPENSIONES obteniendo respuesta negativa; actualmente se encuentra vinculada y cotizando en la AFP PORVENIR S.A. (Fls 3-25)

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 sus afiliaciones, el deber de asesorar eficazmente y la solicitud elevada con su respectiva respuesta.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de 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 69-76).

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, la genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y la debida asesoría del fondo. (fls 97-103 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de marzo de 2020, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS a partir del año 2002; condenó a PORVENIR S.A a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condeno a esta última entidad para que acepte el traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas; costas a cargo de la demandada PORVENIR S.A fijándose como agencias en derecho la suma de \$800.000 pesos.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación para que sea revocada en su integridad la sentencia, considerando que el formulario de afiliación firmado por la demandante es totalmente válido pues es un documento que se presume auténtico, por lo que no puede ser mayor el dicho de una persona que por casi 20 años lo firmó y no recuerda la información que se le brindó; asimismo no se demostró error, fuerza y dolo; en cuanto a la asesoría se hizo de manera verbal donde se brindó una información clara, completa y comprensible a la luz de la ley 100/1993 y el decreto 663/93, por lo que el único documento que se solicitaba para la época era el formulario de vinculación, ya que no existían proyecciones o el deber de realizarlas, ahora bien cada afiliado tiene el deber de informarse; por último, los gastos de administración no deben ser retornados a COLPENSIONES debido a que estos no hacen parte de la pensión, ni la financian y están prescritos ya que no hacen parte de la masa pensional; en caso de que se genere o se obligue a generar esa transferencia estaríamos frente a un enriquecimiento ilícito pues la administración durante todos estos años la hizo PORVENIR S.A no COLPENSIONES

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal concedido la apoderada de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia porque el traslado efectuado por la demandante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, sin que ésta hubiera demostrado ningún vicio en el consentimiento, no configurándose los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad habiendo firmado el formulario de afiliación, no siendo procedente la declaratoria de nulidad del traslado ya que afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, A su vez, PORVENIR S.A también pidió que se revoque el fallo por la falta de demostración de un vicio en el consentimiento por parte de la demandante sin que se le puedan imponer cargas no previstas en la ley vigente al momento de la suscripción del formulario. Finalmente, la parte actora insiste en que se confirme el fallo de primera instancia ya que se encuentra acorde con los parámetros normativos

y lo señalado por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia

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, **iii)** si el interrogatorio de parte fue debidamente valorado determinando si con ello se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado **iv)** si PORVENIR S.A está obligado a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación realizada. 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).

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 folio 123 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a PORVENIR S.A., diligenciado el 7 de agosto de 2002 con fecha de efectividad del 1° de octubre del mismo año, lo que también se corrobora con el certificado expedido por ASOFONDOS (fl 104), prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera 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 ella se encontraba en su lugar de trabajo y un asesor de PORVENIR S.A llega con un funcionario de recursos humanos inician un trámite el cual ella creía que era administrativo no sabía que se estaba trasladando de régimen, manifiesta que no le informaron las características, ni ventajas ni desventajas de cada uno de los regímenes.

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 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 CLARA INES FONSECA MENDOZA 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.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A 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 7 de agosto de 2002 con fecha de efectividad del 1° de octubre del mismo 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.

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.

Continuando con lo que es el tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará la decisión del A quo, 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 el punto de apelación de los fondos demandados. Al tema 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 devengarán 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.»

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.

Bajo tal entendido, contrario a lo manifestado por la censura, no cabe duda que la determinación del fallador de primera instancia se encuentra plenamente acorde con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia,

imponiéndose por tanto su confirmación.

COSTAS

Se condenará en costas de esta instancia a PORVENIR S. A ante el resultado desfavorable de su recurso. Las de primera se confirman.

Se confirma la sentencia objeto de alzada en todo lo demás.

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 6 de marzo de 2020 por el Juzgado Veintiséis (26)Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por CLARA INÉS FONSECA MENDOZA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A , conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

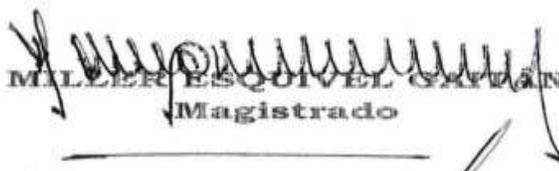
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$908.526 a favor de la parte actora. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



MILLER ESQUIVEL GAMÁN
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. 110013105037201800642-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre 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 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.

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 19 de noviembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **BLANCA NUBIA RINCÓN LUGO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**

ANTECEDENTES

BLANCA NUBIA RINCÓN LUGO, pretende se declare la nulidad del traslado del RPMPD administrada por CAJANAL y el ISS hoy COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS S.A, asimismo se declare válida y vigente la afiliación al RPMPD; y como consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada; se ordene a COLFONDOS S.A a liberarla de sus bases de datos y a devolver todos los valores que hubiese recibido por motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a COLPENSIONES; lo que resulte ultra y extra petita y las costas y gastos del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 22 de mayo de 1959 actualmente tiene 59 años de edad; inició su vida laboral el 29 de diciembre de 1992 con SERV. MÉDICOS VOLUNT. MEDISA; se afilió al RPMPD; continuó cotizando para los riesgos de I.V.M hasta el 12 de mayo de 1994 fecha en la cual se trasladó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A; en una visita realizada por el asesor de dicho fondo le manifestó que el ISS iba a ser liquidado y que sus aportes estarían en riesgo, ofreciéndole unos beneficios para que accediera a trasladarse tales como pensionarse a temprana edad, que la mesada pensional sería más alta y que si al llegar la edad de pensionarse no lo quería hacer podía retirar su dinero de la cuenta de ahorro individual sin ningún inconveniente; pero no le manifestó el monto del capital requerido para obtener una pensión de salario mínimo, ni le indicó el plazo para retornar al ISS, tampoco le hicieron proyecciones respecto a la liquidación de la pensión en ambos fondos, ni se le informó las consecuencias que acarrearía el traslado de dicha afiliación, entre otros aspectos; además, el formulario de vinculación no presenta información clara, precisa y suficiente para tomar una decisión respecto a su perspectiva pensional y la asesoría dada fue de manera verbal por lo que no existen documentos o pruebas que demuestren lo contrario; en un documento proferido por COLFONDOS S.A se observa que tiene un total de 1208 semanas cotizadas y un capital acumulado en su cuenta de ahorro individual de \$161.808.084 pesos, allí mismo le manifiesta que su pensión será de \$781.242 pesos al cumplir 57 años de edad, por el contrario en el RPMPD a la misma edad su pensión sería de \$3.3443.875 pesos; razón por la cual elevó solicitud de nulidad de traslado de régimen a las demandadas siendo negada por parte de COLFONDOS S.A.(Fls 3-28).

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 constarles o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, historia laboral, las afiliaciones a cada una de ellas, información de la asesoría, la no proyección de la liquidación de la pensión, las semanas cotizadas, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual y las solicitudes elevadas con su respectiva respuesta por parte de COLFONDOS S.A.

COLPENSIONES propuso las excepciones que denominó como el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, la genérica y la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fls 83-93)

COLFONDOS S.A propuso las excepciones de validez de la afiliación con COLFONDOS S.A, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica. (fls 126-133 vto).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de noviembre de 2019, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS celebrado el 12 de mayo de 1994; y en consecuencia declaró que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD; condenó a COLFONDOS S.A a transferir a COLPENSIONES todos los valores obtenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los bonos pensionales y rendimientos financieros; condenó a esta última entidad a aceptar los valores que remita la AFP; declaró no probadas las excepciones propuestas; costas a cargo de COLFONDOS S.A. Se fijó en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación en procura de que sea revocada con base en los siguientes argumentos:

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. en lo relacionado con la devolución de los gastos de administración según el art 104 de la ley 100 de 1993 que regula el cobro de las comisiones en razón a que en el RAIS se administra los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse de sus afiliados, por lo anterior no comparte la decisión del a quo por cuanto al permanecer en el RAIS se le ha permitido tener rendimientos respecto a los dineros que ha cotizado en su cuenta de ahorro individual, por lo que así las cosas también hubiese sido pertinente ordenar la devolución de los rendimientos en los cuales se ha beneficiado, puesto que de tener dichas cotizaciones en el RPMPD no hubiese sido posible que se hubiese beneficiado de dichos rendimientos puesto que esa no es la funcionalidad de dicho régimen.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, porque de considerar el traslado válidamente efectuado al RPMPD se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema que se fundamenta en la equidad e igualdad de quienes realmente hicieron aportes al mismo, materializado esto en la prohibición legal de traslado en la que ya se encuentra inmersa la demandante, dado que no fue impuesta de manera caprichosa por el legislador y tampoco era desconocida por la misma, además si se analiza el material probatorio que se recaudó en esa instancia es evidente que no existieron omisiones de la

información o vicios en el consentimiento, y es que precisamente la información que extraña no haber recibido la demandante en especial la que se señala en el hecho sexto de la demanda, se encuentra contenida en la ley 100 de 1993 norma de conocimiento público y obligatorio cumplimiento; y las aclaraciones que pudiera o no realizar el asesor frente a proyecciones pensionales como su nombre lo indica, se hubiesen quedado solo en eso en proyecciones, sin que se advierta una lección injustificada o cuantificable a su derecho a la seguridad social.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal concedido la apoderada de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia porque el traslado efectuado por la demandante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, sin que ésta hubiera demostrado ningún vicio en el consentimiento, no configurándose los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad habiendo firmado el formulario de afiliación. Por otro lado, el apoderado de la parte actora insiste en la confirmación del fallo de primera instancia ya que la AFP no le informó de manera clara, precisa y suficiente las características, consecuencias, ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional tal como lo ha estipulado en su línea jurisprudencial la Honorable Corte Suprema de Justicia.

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 tanto el formulario de afiliación firmado por la demandante como su interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado y que por su calidad de profesional debía conocer **iii)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **v)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y **iv)** Si PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A están obligadas a trasladar a COLPENSIONES además del capital y los rendimientos los gastos de administración. 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 COLFONDOS 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).

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 134 obra copia del formulario de afiliación a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS diligenciado el 12 de mayo de 1994 con efectividad el 1° de junio del mismo año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 135 prueba de que en principio el traslado se realizó de forma correcta. Así mismo se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó que para el momento del traslado trabajaba en el área comercial de COLSEGUROS, frente a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación manifestó, que un asesor de COLFONDOS S.A llegó a su trabajo y de manera personalizada le informo la posibilidad de trasladarse a una AFP pues el ISS se iba a terminar y sus aportes estarían más seguros en un fondo privado, que su pensión sería mayor en este fondo que en el ISS, que se iba a pensionar de forma anticipada, que su pensión se podía heredar, no solicitó al asesor información adicional a la por él suministrada; ella no sabía que antes de 10 años de cumplir la edad requerida podía trasladarse al RPMPD pues se enteró posteriormente escuchando a dos mujeres hablando.

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 COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS 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 BLANCA NUBIA RINCON LUGO 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.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A 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 dicho fondo diligenciado con fecha del 12 de mayo de 1994, con fecha de efectividad del 1º de junio 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, ni su condición de profesional -abogada- genere la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, 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, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Entonces, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede sostener la censura en sus alegaciones la imposibilidad de la 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 el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Declaratoria que de ninguna manera afecta o 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.

Últimamente, en lo atinente 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 el punto de apelación de los fondos demandados. Al tema 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.”

Se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones. 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 día 19 de noviembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por BLANCA NUBIA RINCON LUGO en contra de LA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS., conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas COLFONDOS S.A y COLPENSIONES. Fijese como agencias en derecho para cada una de ellas la suma de \$908.526.00, en favor de la demandante. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

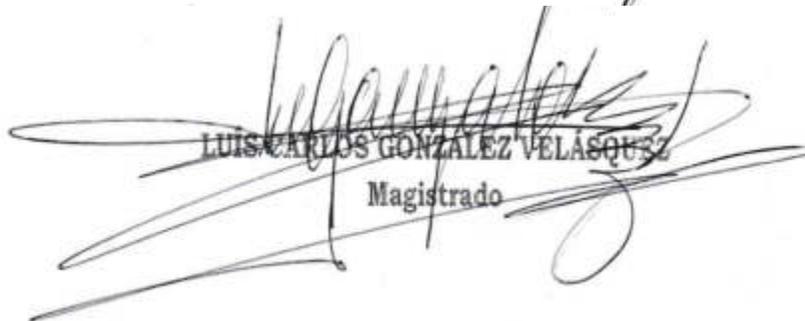


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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. 110013105006201700728-01

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre 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: Existencia de contrato de trabajo -prestaciones sociales.

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 17 de octubre de 2019 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS FERNANDO TERRAZA MARTINEZ** en contra de **GUILLERMINA MENDOZA DE NIEVES** y **RAMONA MENDOZA ORTIZ**.

ANTECEDENTES

El señor **LUIS FERNANDO TERRAZA MARTINEZ** por medio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra de **RAMONA MENDOZA DE ORTIZ** y de **GUILLERMINA MENDOZA DE NIEVES**, como propietarias del establecimiento de comercio **WHISKERIA AFINES** con el fin de que previa declaratoria de que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 14 de febrero de 2012 y el 16 junio de 2017, el cual terminó unilateralmente y sin justa causa por parte de las demandadas, sean condenadas al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, horas extras, dotaciones, aportes a la seguridad social e indemnizaciones por la no consignación de cesantías, por despido injusto y la moratoria.

Como fundamentó de sus peticiones, en síntesis, indicó que, celebró contrato de trabajo verbal con las demandadas el 14 de febrero de 2012, para desempeñarse como mesero en la Whiskeria Afines, recibiendo ordenes e instrucciones por parte de las demandadas, su último salario devengado equivalía a la suma de \$40.000 pesos diarios, que el horario de trabajo era de domingo a domingo de 10:00 am a 9:00 p.m. con un

domingo compensatorio cada quince días, no se le cancelaron prima de servicios, vacaciones, intereses a las cesantías y vacaciones, aportes a seguridad social ni le fueron entregadas dotaciones, finalizando la relación el 16 de junio de 2017 por decisión unilateral y sin justa causa de las demandadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la parte demandada, dio contestación así:

RAMONA MENDOZA ORTIZ con escrito que milita de folios 38 a 46, se opuso a todos y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, negó la mayoría de los hechos salvo el de la actividad como mesero del actor frente al cual precisó que entre ella y el demandante no existió ningún contrato de trabajo, sino un vínculo civil regido por un contrato de arrendamiento, no obstante el señor LUIS FERNANDO TERRAZA MARTINEZ en ocasiones le prestó sus servicios como auxiliar de mesa en la WHISKERIA AFINES, pero sin un cumplimiento de horario y conforme a su conveniencia y no propuso excepciones de fondo.

GUILLERMINA MENDOZA DE NIEVES en calidad de propietaria del establecimiento de comercio WHISKERIA AFINES, rindió contestación de la demanda en escrito que obra a folios 50-55, en donde se opuso a todas las pretensiones de la demanda, negó la mayoría de los hechos aclarando que la labor de mesero que ejecutó el demandante lo fue de manera irregular y esporádica y sin cumplimiento de horario. Propuso la excepción de cobro de lo no debido.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de octubre de 2019, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación contra la misma, al considerar que la Juzgadora de instancia, paso por alto que en el proceso se habían acreditado los requisitos esenciales del contrato de trabajo, en especial que en el interrogatorio de parte las demandadas establecieron el momento en el que llegó el señor LUIS EDUARDO TERRAZA a pedir trabajo, por lo que al demostrarse que era mesero y cumplía horario no era necesario que constara un contrato escrito.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido el apoderado de la parte demandante insistió en la revocatoria de la sentencia de primera instancia porque se desconoció la parte probatoria pues quedó demostrado por medio de los testimonios la prestación personal del servicio y en cuanto a la subordinación las demandadas no lograron desvirtuar probatoriamente con elementos que comprobaran que dicho servicio se prestó de manera autónoma e independiente, asimismo percibió una remuneración por la labor prestada, por lo cual cumplió con el art. 23 CST en donde menciona los tres elementos esenciales para que exista un contrato de trabajo no siendo viable el argumento expuesto por el juez de primera instancia; por su parte, las demandadas solicitan que se confirme el fallo, pues argumentan que no se logró demostrar la concurrencia de los elementos constitutivos de una relación laboral; en cuanto a los testimonios en uno se evidencio contradicciones y en el otro no podía constatar la permanencia del demandado en el periodo establecido en el escrito de la demanda.

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

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se contrae a determinar si entre las partes existió una relación laboral regida por un verdadero contrato de trabajo vigente entre el día 14 de febrero de 2012 y el 16 de junio de 2017, y en caso afirmativo, si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de las acreencias laborales e indemnizaciones solicitadas.

DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO

El Código Sustantivo de Trabajo, artículo 22, define el contrato de trabajo como: *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: **a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario como retribución del servicio.**

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda

relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, **la demostración de la prestación continua del servicio**, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador».*” (CSJ SL362-2018, Radicación N° 53801 del 21 de febrero de 2018 M.P Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.)

Pues bien, en relación con la prestación personal de los servicios por parte del actor como mesero en el establecimiento de comercio Whiskeria Afines, de la misma dio cuenta el testigo GUSTAVO MANUEL NARANJO LINEAL, quien manifestó conocerlo ya que fueron compañeros de trabajo en dicho lugar cuando inicialmente se llamaba Whiskeria Atunes en donde laboró de 2006 a 2010, no recordando bien los períodos en los que trabajó con el demandante, pareciéndole que inició a trabajar un año después de su vinculación, trabajaban todos los días, descansaban un domingo cada quince días, les pagaban por día laborado la suma de \$20.000 luego de su retiro el actor continuó lo cual le consta porque lo vio allí como hasta el año 2017, desconociendo los motivos de finalización del vínculo en la medida que desde su retiro y debido a problemas personales que tuvo con la administradora de la whiskería no la volvió a frecuentar .

En el mismo sentido, las demandadas al absolver interrogatorio de parte coincidieron en señalar que si bien el señor LUIS EDUARDO TERRAZA MARTINEZ laboró como mesero en el referido establecimiento de comercio, tal actividad no la realizó de manera continua y permanente durante el tiempo por él referido y en las condiciones señaladas, es así como la señora GUILLERMINA MENDOZA NIEVES relató que conoció al demandante porque fue a buscar trabajo en su negocio de Whiskería Afines, no recordando en qué año se dio la relación, pero sí que duro poco tiempo, como tres años, le pagaba el mínimo de la época en efectivo por día laborado, él no cumplía horario ya que iba cuando quería trabajar y si le llegó a llamar la atención por no asistir lo hizo de manera verbal, siendo el horario de los días en los que trabajaba de 10:00 am a 6:00 pm, sin saber con precisión cuántos días a la semana iba. Por su parte, la señora **RAMONA MENDOZA ORTIZ** comentó que conoció al señor EDUARDO TERRAZA, desde hace 10 o 5 años por un familiar al que le tiene arrendado un apartamento, el establecimiento de comercio Whiskería Afines no es de

su propiedad sino que simplemente ella es quien lo administra y por eso sabe que aquél le colaboraba algunos días, no tenía horario de salida ni entrada departiendo igualmente con los clientes, el acuerdo se hizo de manera verbal, le pagaba \$40.000 por el día que iba, mas o menos en el año 2017, el horario de funcionamiento del establecimiento era de 10am a 9:00pm y en todo caso entre ellos se celebró un contrato de arrendamiento de un apartamento donde ella funge como arrendadora.

De tal suerte, contrario a lo manifestado por la censura, de las declaraciones rendidas por las convocadas no se advierte una confesión que permita tener por acreditada la prestación del servicio por parte del actor en los términos por él solicitados, lo cual tampoco se desprende de lo informado por el testigo, en la medida que de ninguno de tales medios probatorios se logra establecer los extremos temporales de la relación, el horario y las condiciones en las que realmente se desarrolló la actividad (horario y jornada), circunstancias que se tornaban indispensables para la declaratoria del contrato realidad.

Y es que mientras el testigo comentó que el actor inició a laborar en la Whiskería desde el año 2007 (un año después que el comenzó), lo cierto es que también informó que el dejó de laborar allí desde 2010 y no continuó frecuentando el lugar por problemas personales con una de las demandadas, por lo que no encuentra sustento su afirmación de que sabe que aquél trabajo hasta 2017; imprecisión que también se predica de lo aceptado por la señora GUILLERMINA MENDOZA cuando expresamente adujo no recordar las fechas en la que éste le prestó sus servicios, máxime cuando esa labor no la realizaba de manera permanente sino a su elección, de ahí que el hecho de que la señora RAMONA admitiera que para el año 2017 le cancelaba la suma de \$40.000 por día laborado, de ninguna manera permita tener ese año o fracción de año como extremo inicial o final del vínculo, ya que la aproximación de fechas para establecer los extremos temporales, según criterio jurisprudencial fijado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, sólo es posible cuando se tiene seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante. Al respecto, en sentencia de la CSJ Laboral del 22 de marzo de 2006 Rad. 25580, reiterada en decisiones del 28 de abril de 2009 Rad. 33849 y 6 de marzo de 2012 Rad. 42167, se dijo: *“(...) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.”*

Entonces, pese a que se pudo evidenciar que el demandante ejecutó una actividad que no resultaba ajena o extraña a las labores propias del

establecimiento de comercio de propiedad de una de las demandadas, como lo era el de mesero, el hecho de no poderse fijar los periodos en los que lo hizo de manera personal, impide declarar la existencia del contratos de trabajo, lo que impone la confirmación de la sentencia de primera instancia al pender todas las pretensiones de dicha declaratoria.

COSTAS

Atendiendo el resultado del recurso de apelación, las costas correrán a cargo del demandante.

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 17 de octubre de 2019 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso promovido por LUIS EDUARDO TERRAZA MARTIN en contra de RAMONA MENDOZA ORTIZ y GUILLERMINA MENDOZA DE NIEVES, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

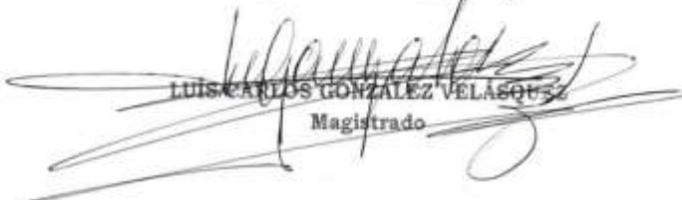
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente, FIJENSE como agencias en derecho la suma de \$400.000 en favor de la parte demandada. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM ZULUAGA GONZÁLEZ
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYÁN
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. 110013105001201600915-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre 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: Terminación del contrato a término fijo- expiración del plazo.

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 1º de octubre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró JORGE ERNESTO PARDO MARTÍNEZ en contra de la sociedad YAVEGAS S.A. E.S.P.

ANTECEDENTES

JORGE ERNESTO PARDO MARTÍNEZ promovió demanda ordinaria laboral contra de la sociedad YAVEGAS S.A. E.S.P, con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato verbal de trabajo a término indefinido vigente entre el 9 de mayo de 2012 y el 31 de diciembre de 2013, el cual terminó unilateralmente y sin justa causa por parte del empleador; y en consecuencia, sea condenada al pago de 30 días de salario a razón de \$1.500.000, las primas de servicio y las vacaciones causadas en vigencia del vínculo, las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratoria, la indexación y las costas y gastos del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones relató, en síntesis, que celebró con la demandada contrato verbal de trabajo el 9 de mayo de 2012 en virtud del cual desempeñó el cargo de asesor comercial y mercadeo en la ciudad de Bogotá, devengando como salario la suma de \$ 1.500.000 mensuales; el cual finalizó sin justa causa el 31 de diciembre de 2013, adeudándole el salario del mes de diciembre de 2013 así como las primas de servicio de esa anualidad y las vacaciones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por auto de fecha 28 de febrero de 2019 se tuvo por no contestada la demanda, sin perjuicio de lo cual el Juzgado, dispuso a tener como prueba las documentales allegadas por la pasiva, en uso de las facultades oficiosas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1° de octubre de 2019, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la existencia del contrato de trabajo a término fijo entre las partes con vigencia del 1° de enero de 2013 al 31 de diciembre de la misma anualidad, absolviendo a la demandada YAVEGAS S.A. E.S.P de todas las pretensiones incoadas en su contra sin condena en costas al actor.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado del señor JORGE ERNESTO PRADRO MARTÍNEZ interpuso recurso de apelación para que se revocada y en su lugar se acceda al estudio de la terminación del contrato de trabajo, pues el A quo no tuvo en cuenta que el preaviso para la terminación del contrato no se dio con la antelación de 30 días como lo exige la ley, ya que fue notificado al actor apenas el 20 de diciembre de 2013, es decir, 10 días previos a la finalización de la relación laboral que tuvo lugar el 31 de diciembre de la misma calenda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido ninguna de las partes presentó alegaciones.

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

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se contrae a determinar si hay o no lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa, examinando para el efecto si el preaviso se realizó dentro del término previsto en la ley, ello en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No fue materia de discusión en la alzada por ninguna de las partes que entre ellas se verificó un contrato de trabajo a término fijo de un año, vigente entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2013, con ocasión del cual el actor desempeñó el cargo de asesor comercial y de mercadeo, percibiendo como última asignación mensual la suma de \$589.500, como tampoco que durante y a la finalización del mismo le fueron cancelados los salarios y prestaciones sociales debidas, de lo cual dio cuenta, además de la copia del contrato de trabajo que consta de folios 86 a 88, formulario de afiliación a la EPS de folios 92 y 93 a la copia de la liquidación final visible a folios 95 y 96

DE LA FECHA EFECTIVA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

De acuerdo con los hechos probados en la demanda, la terminación del contrato laboral a término fijo se produjo el 31 de diciembre de 2013, por lo tanto, como el recurso de apelación estuvo encaminado a establecer si el preaviso de no renovación del contrato al trabajador se realizó dentro del término, es por lo que se remite la Sala al ordenamiento legal que regula esta clase de contratos, el que en lo pertinente enseña:

“Artículo 46 del CST: subrogado por el artículo 3o. de la Ley 50 de 1990. 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. ...” (Resaltado propio de la Sala fuera del Texto original).

Como puede apreciarse, el empleador debe informar con 30 días de antelación a la fecha de vencimiento del contrato de trabajo su decisión de no prorrogar el contrato de trabajo, evento en el cual, no hay lugar al pago de la indemnización, pues la terminación por expiración del plazo fijo pactado se considera legal al tenor del artículo 61 literal c) del CST., sin embargo, si el empleador omite el preaviso se producirá de forma automática la prórroga del contrato, y en ese orden de ideas, de terminarse antes de cumplirse el tiempo de vigencia, el trabajador tendría derecho al pago de la indemnización equivalente al valor de los

salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado en el contrato, como lo enseña el artículo 64 ibidem.

Así, dado que en el presente asunto se encuentra probada la existencia de un contrato a término de fijo de un año, comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de enero de la misma anualidad (fls 86-88), aunque indicó el actor que el finiquito de su vínculo se le comunicó tan sólo hasta el 20 de diciembre de diciembre de 2013, a través de correo electrónico, lo cierto es que al no haber tachado ni refutado de falso la carta de terminación allegada a folio 90 del expediente, en la que se lee que fue elaborada y dada el 1º de diciembre de 2013, al punto de que se encuentra firmada por él sin anotación o comentario adicional, ningún reparo merece tener como cierto su contenido, esto es, que le fue entregada en esa fecha y allí mismo la suscribió, sobre todo cuando el documento por él presentado a folio 16, ni siquiera se trata de un correo electrónico sino de una transcripción, por demás incompleta, que impide por tanto su valoración.

En tal orden de ideas, el preaviso entregado el 1 de diciembre de 2013 que indica en su contenido: *“en lo pertinente y en el contrato que nos vincula laboralmente, nos vemos precisados a informarle que dicho contrato en el cargo de con el cargo de VENDEDOR tiene vencimiento 31 de diciembre de 2013”*, cumplió con el término previsto en el artículo 46 de la citada norma, habida cuenta que los días de antelación con que ha debido ser entregado no son hábiles sino continuos¹.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente atendiendo el resultado de la alzada.

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

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,

¹ CSJ SL 2739, 16 mar. 1989: *“(…) para la Sala ese entendimiento no es correcto, puesto que en el Derecho del Trabajo existe la particularidad de que el contrato de trabajo se ejecuta día a día, desde la fecha de su suscripción hasta aquella de su finalización. Todos los días, incluso los de descanso dominical y festivo, suman para efectos laborales.*

Por lo anterior, esta Corporación ha afirmado que «[...] en lo relacionado a preavisos y demás situaciones que surgen del vínculo individual de trabajo, no se puede perder de vista que este es continuado y su desenvolvimiento no se trunca con los festivos o feriados, que en manera alguna producen efectos de suspensión o terminación del contrato, sino, simplemente, constituyen días de obligado descanso”

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 1 de octubre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso promovido por JORGE ERNESTO PARDO MARTÍNEZ en contra de YAVEGAS S.A. E.S.P, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del recurrente JORGE ERNESTO PARDO MARTÍNEZ. Fijense como agencias en derecho la suma de \$450.000 en favor de la parte demandada. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM ZULUAGA GONZÁLEZ
Magistrado Ponente


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 DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105012201300443 01

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RUTH MARY MOSQUERA CARRETERO Y MARÍA ELENA ANGULO LÓPEZ MENOR DE EDAD REPRESENTADA POR YULIS ISABEL LOPEZ MORALES EN CONTRA DE RAFAEL ENRIQUE ORTEGA DÍAZ, UNIÓN TEMPORAL CESVA CONSTITUIDA POR ALEXANDER MOLLER BUSTOS, CRUSHIHING INTEGRAL AVANZADA S.A. Y LA GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.

En Bogotá D.C. a los diecisiete días del mes de agosto de dos mil veintiunos (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 interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de octubre de 2018, por el Juzgado 12º Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

MARÍA ELENA ORTEGA LÓPEZ representada por YULIS ISABEL LÓPEZ MORALES y RUTH MARY MOSQUERA CARRETERO, en nombre propio promueve demanda ordinaria laboral contra RAFAEL ENRIQUE ORTEGA DÍAZ, UNIÓN TEMPORAL CESVA constituida por ALEXANDER MOLLER BUSTOS, CRUSHIHING INTEGRAL AVANZADA S.A. y LA GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, para que se declare la existencia de

un contrato de trabajo entre el señor Arnaldo Angulo Rivero (q.e.p.d.) y los demandados desde el 26 de julio de 2010 hasta el 5 de agosto de 2010, que sufrió un accidente de trabajo el 5 de agosto de 2010 a las 3:00 p.m. causándole la muerte, que los demandados son solidariamente responsables, que los demandados omitieron realizar acciones tendientes para evitar el accidente de trabajo, que no actuaron de manera diligente, que el accidente de trabajo fue responsabilidad imputable exclusivamente a los empleadores, que el cargo ocupado por Arnaldo Angulo Rivero (q.e.p.d.) era de operario de maquina pesada devengando un salario mínimo legal mensual vigente, en consecuencia solicitan las demandantes se condene a las demandadas a reconocer y pagar los perjuicios materiales; lucro cesante consolidado y futuro, daños morales, perjuicios ocasionados por la alteración en las condiciones de existencia, al pago de los 11 días laborados en el año 2010 que no fueron cancelados, así como las prestaciones sociales, vacaciones, sanción moratoria, sanción por no consignación de las cesantías a la terminación del vínculo laboral, intereses moratorios corrientes, a lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. (Folios 66-71)

Como fundamento material de sus pretensiones señalo que el señor Enrique Ortega Díaz era contratista de la Unión Temporal Cesva, la cual está constituida por; Alexander Moller Bustos, Crushing Colombia S.A. y CESVA Ingeniería S.A. hoy Ingeniería Integral Avanzada S.A., la que a su vez se encuentra representada legalmente por Carlos Enrique Sierra Valencia, que la unión temporal firmo contrato de obra No. 1183 del 12 de noviembre de 2009 con la Gobernación del Tolima, que el objeto era la rehabilitación, recuperación y mejoramiento de la vía Villahermosa platanilla – Libano, que el señor Arnaldo Angulo Rivero (q.e.p.d.) celebro contrato verbal de trabajo el 26 de julio de 2010 con Enrique Ortega Díaz, que fue afiliado a la Compañía de Seguros Positiva S.A. el 26 de julio de 2010, que devengaba un salario de \$515.000 pesos, desempeñaba el cargo de ayudante de construcción, que operaba y conducía la máquina de pavimento, que el 5 de agosto de 2010 sufre un accidente de trabajo, la maquinaria pesada que manipulaba perdió el control en una curva y cayo por una pendiente, siendo aplastado por la maquina “sección de tallo cerebral y columna cervical” lo que produjo la muerte de Arnaldo, que se procedió hacer el reporte correspondiente por el empleador a la policía y a la ARL, en la descripción deja constancia que la maquina llevaba mucha velocidad lo que no es normal, que el empleador no suministro los elementos de seguridad necesarios, que no se le realizo la inspección a la maquinaria, que no se capacito al causante, que el empleador no cancelo el salario de 11 días laborados por el causante, ni las correspondientes prestaciones, que el señor Angulo Rivero (q.e.p.d.) hacia vida marital con la señora Ruth Mary Mosquera Carretero desde 1999 y tenía una hija menor de edad María Elena Angulo López. (Folios 152-159)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas dieron contestación así:

Alexander Moller Bustos y **José Luís Anaya Valencia**, quienes se encuentran representados por curador ad litem, proponiendo las excepciones de mérito que denomino; falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido y genérica. (Folios 355-358)

Por su parte, la demandada **CRUSHING COLOMBIA S.A.**, Se opuso respecto a las pretensiones, en su defensa propuso las excepciones que denomino; inexistencia de capacidad para responder por obligaciones laborales, inexistencia de la culpa patronal e inexistencia de la solidaridad. (Folios 340-354)

INGENIERÍA INTEGRAL AVANZADA S.A., también representada por curador ad litem, propuso como excepción de fondo la de prescripción. (Folios 395-399)

Por último, se dio por no contestada la demanda por el demandado **Rafael Enrique Ortega** en auto del 30 de junio de 2015 (fl. 359), toda vez que el curador ad litem no subsano la contestación de la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de octubre de 2018, resolvió absolver a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaro probada la excepción de inexistencia de culpa patronal, sin condena en costas.

Concluyendo que incumbe al trabajador establecer el supuesto de hecho de la culpa, no de la circunstancia del daño, toda vez que la responsabilidad objetiva no debe demostrarse culpa para irrogar la responsabilidad, fue demostrada efectivamente la circunstancia del daño, en el sentido de determinar cuál fue la condición que origino la muerte del trabajador que tuvo un origen netamente profesional y que fue debatido y decidido por la jurisprudencia ordinaria, sin embargo, la circunstancia de culpa o de nexo causal en ese sentido debe demostrarse por parte del trabajador o sus beneficiarios, lo que brilla por su ausencia, toda vez que la carga de la prueba no genero circunstancias de disponibilidad que pudiesen enervar ese efecto probatorio.

Entonces, al no haber acreditado el elemento culpa como causa de responsabilidad ordinaria y plena de los perjuicios laborales, no se puede adentrar en el siguiente escaño de estudio que sería el nexo causal.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación para lo cual solicito se revoque el fallo y en su lugar se condene a las demandadas, para lo cual argumento; que existe un nexo causal entre la orden patronal y la relación laboral, en el expediente aparece el formulario de positiva donde el señor Rafael Ortega Díaz empleador manifiesta que el trabajador es ayudante de construcción, con ese cargo difícilmente tenía el conocimiento para operar la máquina de pavimento, es así como el trabajador operaba una maquina por orden directa de su empleador, sabiendo que su trabajador no era un operario con experticia para el manejo de esa máquina, existiendo nexo causal y por ende la responsabilidad, hay culpa dado que se ordenó realizar una actividad para la cual el trabajador no tenía conocimiento.

Dice que el formulario anexo al expediente y del cual no se hizo un estudio, demuestra que el señor fue contratado como ayudante de construcción y luego el empleador cambia la versión y dice que era operario de máquina para esconder su responsabilidad. También asegura que en las pruebas documentales se observa la investigación por la Fiscalía, como por Positiva de la que se concluye un nexo causal entre el trabajo que el señor desempeñaba y la ocurrencia de su fallecimiento, siendo procedente condenar lo pretendido y estudiar lo correspondiente a la solidaridad de las llamadas a juicio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal se presentaron alegatos de conclusión por el apoderado de la parte demandante, quién reitera lo manifestado en su recurso de apelación. Por su parte, la demandada Crushing Colombia S.A., solicita mantener en firme la sentencia de primera instancia y condenar en costas a la parte demandante, argumenta la inexistencia de la culpa patronal y de solidaridad. Las demás demandadas representadas por curador ad litem guardaron silencio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

El punto álgido del recurso de apelación lo constituye establecer, en primer lugar, si el empleador es culpable de que el trabajador manipulara la máquina estendedora de pavimento sin tener los conocimientos suficientes, situación que causo el accidente de trabajo en el cual el trabajador Arnaldo Angulo Rivero perdió la vida, para lo cual deberá verificarse lo correspondiente a; (i) la existencia del contrato de trabajo entre el causante y el señor Rafael Enrique Ortega Díaz, (ii) lo

concerniente a la solidaridad de las demandadas UNIÓN TEMPORAL CESVA constituida por ALEXANDER MOLLER BUSTOS, CRUSHIHING INTEGRAL AVANZADA S.A. y LA GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA y (iii) al nexo causal realizando un estudio de los medios probatorios aportados al plenario y aclarado ello, si hay lugar al pago de la indemnización prevista en el artículo 216 del CST.

De la relación laboral

El Juez de primera instancia no declaró la existencia del contrato de trabajo entre Arnaldo Angulo Rivero y Rafael Enrique Ortega Díaz, como se solicita en la demanda alegando que, *“no se establece nexo de causalidad en el sentido de que se permita establecer cuál fue la relación contractual, que permita determinar que el contratista independiente tenga una relación contractual”*, es decir, frente al empleador Rafael Enrique Ortega Díaz, para efectos de establecer la cadena de responsabilidad, lo que resulta fundamental para determinar la culpa patronal.

Así las cosas, la afiliación *“formulario de novedades de ingreso del trabajador dependiente a la administradora de riesgos profesionales”* (fl.22), permite establecer de forma irrefutable la actividad del causante *“cargo actual ayudante de construcción”*, la cual desempeñaba para su empleador Rafael Enrique Ortega Díaz, encontrándose probada la existencia de una verdadera relación laboral entre **Arnaldo Angulo Rivero y Rafael Enrique Ortega Díaz**, pues no puede olvidarse lo establecido en el artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994, en el que se indica que para la afiliación al sistema de riesgos laborales se requiere de la existencia de una relación laboral, cuya formalidad se da a través del diligenciamiento por parte del empleador de un formulario de afiliación.

De la responsabilidad solidaria

Es necesario traer a colación lo establecido por el Legislador en el artículo 34 del C.S.T., que a la letra indica:

“ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965.

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los

salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.”.

Se debe verificar entonces la existencia del nexo causal entre la misión y las funciones desempeñadas por el contratista, o subcontratista y el beneficiario de la obra o labor contratada, se tiene a folios 46-55 contrato de obra No. 1183 del 12 de noviembre de 2009, suscrito por el Gobierno Departamental del Tolima y la Unión Temporal Cesva, con el objeto de *[contratar la rehabilitación, recuperación y mejoramiento de la vía secundaria Villahermosa Platanillal-Libano en el departamento del Tolima en desarrollo del proyecto denominado “rehabilitación, recuperación y mejoramiento de la red vial secundaria del departamento del Tolima”].*

Si bien, es evidente que el señor Angulo Rivero (q.e.p.d.) desempeñaba funciones laborales en el lugar al que se hace referencia en el contrato antes descrito, lo cierto es que su empleador era el señor Rafael Enrique Ortega Díaz quien supuestamente tenía a su vez la calidad de contratista o subcontratista de la demandada Crushing Colombia S.A., y aunque no reposan documentos o pruebas que acrediten la misma, esta situación fue aceptada por la misma empresa en su contestación de la demanda, así como por el representante legal señor Carlos Enrique Sierra Valencia cuando absolvió interrogatorio de parte al manifestar que el señor Ortega Díaz fue contratado por la Unión Temporal que él representaba, en esa medida las demandadas UNIÓN TEMPORAL CESVA constituida por, CRUSHIHING INTEGRAL AVANZADA S.A. e INGENIERIA INTEGRAL AVANZADA S.A., contratadas para llevar a cabo la obra, así como LA GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA esta última beneficiaria de la obra, son solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se llegaren a causar en favor de los beneficiarios del señor Arnaldo Angulo Rivero como consecuencia del accidente de trabajo que le produjo la muerte, conforme lo establecido en el artículo 34 del C.S.T. dado que una vez establecido el objeto social de la unión temporal y las sociedades que lo conforman se logra establecer la relación entre las actividades que desempeñan con las funciones realizadas por el causante.

DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

No es materia de debate que el día 5 de agosto de 2010 el señor Arnaldo Angulo Rivero, sufrió un accidente que le causó la muerte ya que el

reporte del mismo consta en los documentos denominados; *“Reporte de iniciación -FPJ-1-”* obrante a folios 23 al 26 e *“Inspección técnica a cadáver -FPJ-10-”* folios 27-30.

Ahora bien, el accidente de trabajo es todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión de trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte, también es aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador o contratante, durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo, concepto desarrollado por la Ley 1562 de 2012 la cual modificó el Sistema de Riesgos Laborales y dictó otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional.

La noción original del concepto de accidente de trabajo en nuestra legislación se dio a través del estatuto del sistema de riesgos profesionales Decreto Ley 1295 de 1994 artículo 9 el cual contemplo la definición, de la cual se desprende varios elementos relevantes, tales como; que el accidente de trabajo es un suceso repentino, que se causa por 2 fuentes: por causa del trabajo y con ocasión del trabajo, siendo esta última compleja, dado que hay lugar a un accidente de trabajo cuando el suceso se produce con ocasión del trabajo, es decir, independientemente de que se estuviera haciendo la tarea o labor específica, pero siempre en relación con el trabajo.

Siguiendo con el estudio del tema, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia proferida el 27 de abril de 2016, con radicación No. 47907 (SL5619-2016), Magistrado Ponente Dr. Gerardo Botero Zuluaga, se pronunció respecto a la culpa patronal en accidentes de trabajo, así como lo correspondiente a la carga de la prueba de la siguiente manera:

*“Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, es pertinente recordar, que **para el reconocimiento y pago de la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el art. 216 del C.S.T., además de la ocurrencia del riesgo, accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe estar la «culpa suficientemente comprobada» del empleador, responsabilidad que tiene una naturaleza eminentemente subjetiva, que lleva a que se establezca en estos casos no solo el daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo, sino que se demuestre también el incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad, que le exige tomar las medidas adecuadas atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, tendientes a evitar que el trabajador, como se dijo, sufra menoscabo en su salud e integridad a causa de los riesgos del trabajo.***

Cuando el empleador incumple culposamente dichos deberes derivados del contrato de trabajo, se presenta la responsabilidad de indemnizar al trabajador que sufre el infortunio laboral o la enfermedad profesional, respecto de los daños que le fueran ocasionados con ese proceder, que comprende toda clase de perjuicios, ya sean materiales o morales. En otras palabras, la abstención en el cumplimiento de la diligencia y cuidados debidos en las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige la citada normativa legal.

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

Frente a este aspecto puntual de la carga de la prueba en procesos dirigidos a indagar por la culpa patronal en la ocurrencia de accidentes de trabajo, en sentencia de la CSJ SL13653-2015 del 7 oct. 2015, se puntualizó que «esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que «...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo...» (CSJ SL2799-2014)». Adicionalmente, ... ha dicho que a pesar de lo anterior «...cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores» (CSJ SL7181-2015)», **lo que quiere decir que al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero que por excepción con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C. C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de**

resguardar la salud y la integridad de sus servidores».

(Negrillas fuera de texto)

De lo anterior, se puede colegir que la responsabilidad o culpa del empleador tiene los siguientes elementos; un hecho imputable, un daño, la culpa del empleador y un nexo o relación de causalidad entre estos.

Así las cosas, de las pruebas aportadas al proceso se tiene;

El informe del accidente de trabajo describe los hechos de la siguiente manera; *“el día de hoy 05 de agosto de 2010 aproximadamente a las 15:20 p.m. por medio de una llamada me informan que a la salida de Villahermosa vía que conduce al Líbano en el primer kilómetro a 0.450 metros el conductor de la maquina estendedora de pavimento de nombre Arnaldo Angulo Rivero indocumentado perdió el control de la maquina cayendo por una pendiente de la finca la paloma donde perdió la vida; se procedió a verificar las pertenencias, encontrando que portaba un jean color azul y una camisa color azul sin marca y unas medias y sus botas de cuero, su cuerpo queda descuartizado las partes del miembro superior destrozada, la cabeza totalmente desmembrada de su cuerpo, los miembros inferiores destrozados y partes de su cuerpo regados por el lugar de los hechos.”.*

De otro lado, el dictamen para la determinación de origen de accidente realizado por Positiva folios 37-39, concluyo; *“...dentro del análisis del origen de los eventos, resulta necesario tener en cuenta todas las circunstancias de tiempo, lugar, pero principalmente las de modo, ya que si no se logran demostrar éstas, estaríamos frente a un evento de origen común o general de conformidad con el artículo 12 del Decreto Ley 1295 de 1994. Razón por la cual, se hace necesario concluir que el accidente en el cual perdió la vida el Sr. Angulo es de origen común, toda vez que no existe prueba alguna que obedeciera a causas directas a la actividad para la cual fue contratado y que no tiene ninguna relación de causalidad con su trabajo y la persona que lo contrato y quien lo afilio a esta Administradora de Riesgos Profesionales. Por lo anterior esta Administradora de Riesgos Profesionales objeta la reclamación presentada ante la muerte del Sr. Angulo (QEPD) y de manera muy respetuosa le agradecemos a usted como contratante informar sobre este comunicado a todos aquellos interesados que se crean con derecho. Así mismo le recomendamos indicar que las prestaciones económicas derivadas del fallecimiento deben ser reclamadas ante el Fondo de Pensiones en el que se hubiese afiliado el trabajador con el fin de que se garanticen los derechos a los posibles beneficiarios.”.*

Informe realizado por la coordinadora médica del Hospital Ismael Perdomo Villahermosa – Tolima (Folios 31-35), en el que se deja constancia de un incidente de trabajo que termino con la vida del señor Arnaldo Angulo Rivero.

De conformidad a lo descrito esta Corporación procede con el análisis correspondiente; (i) el dictamen emitido por positiva sobre el accidente al que se ha hecho referencia fue realizado el 14 de junio de 2011, es decir, transcurrió más de 10 meses para su estudio, evidenciándose la negligencia con la que actuó la ARL, con el fin de realizar un estudio efectivo de los pormenores del accidente, (ii) se evidencia una contradicción en la descripción del cargo, pues en el formulario de afiliación a la ARL se indica que el cargo desempeñado por Arnaldo es de ayudante de construcción, contrario a lo indicado en el dictamen emitido por la ARL POSITIVA que indica cargo operario de máquina, asignándosele código y denominación de la ocupación No. 960, que según la Resolución 1830 de 1999 corresponde a "**OPERADORES DE MAQUINAS FIJAS NO DESCRITOS EN OTRO EPIGRAFE**", claramente existe una contradicción entre la denominación y la actividad realizada por el trabajador (qepd), dado que la máquina que manipulaba no tenía la categoría de fija, existiendo otras denominaciones más acordes a las labores que se encontraba ejecutando el causante al momento del accidente, (iii) el evidente desinterés del empleador, pues en el mismo informe se dejó consignado lo siguiente: "*...mediante documento de esta aseguradora de fecha 17 de diciembre de 2010 se requirió al empleador Rafael Ortega Díaz acerca de la documentación necesaria para calificar el infortunio sin que a la fecha se recibiera la misma.*".

Ahora bien, independientemente de la conclusión a la que llegó ARL POSITIVA en su dictamen, en cuanto a que el origen del accidente es común, lo cierto es que se está frente a un accidente de trabajo, ello por cuanto se cumple con los elementos establecidos por la ley para darle tal categoría, dado que fue un suceso repentino, por causa de la actividad laboral que se encontraba desempeñando el señor Arnaldo y el que genero su muerte, no debe olvidarse que la misma situación fue estudiada en primera instancia por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 28 de noviembre de 2013, sentencia que además fue confirmada en esta instancia.

De otro lado, para poder establecer la responsabilidad subjetiva del empleador, se debe verificar que el señor Rafael Enrique Ortega Díaz incumplió con el deber general de cuidado y prudencia, es decir, debe verificarse el actuar del empleador y establecer que el mismo fue imprudente o negligente a fin de determinar su culpa, sin embargo, de las pruebas aportadas al plenario, no se logra establecer con exactitud el actuar del empleador para el momento del accidente del trabajador Arnaldo Angulo Rivero, pues además de la pruebas ya mencionadas y analizadas, se tiene la práctica de los interrogatorios de parte, la señora Ruth Mary no pudo indicar por menores del accidente, toda vez que no se encontraba en el lugar y por su parte el representante legal de la Unión Temporal señor Carlos Enrique Sierra Valencia al respecto manifestó, que el trabajador Arnaldo era operario de máquina y que estaba capacitado para cumplir dicha labor, pero tampoco indica los por menores del

accidente, no sabe si la maquina estaba en buen estado y tampoco conocer del actuar del señor Rafael Ortiz de quien asegura era contratista.

Entonces, el art. 57 numeral 2 del C.S.T. establece en cabeza del empleador la responsabilidad de garantizar la vida e integridad de sus trabajadores, pero al no poderse establecer el actuar de ese empleador, como tampoco los por menores del accidente laboral, en el sentido de verificar si se implementaron los procedimientos para desempeñar el trabajo, si hubo entrega de elementos de protección adecuados, si existía un delegado o supervisor encargado de vigilar y controlar el cumplimiento de las normas de seguridad, ante la imposibilidad de poder establecer esas situaciones y otras, no puede imputársele al empleador culpa, ni obligarlo a reparar un daño.

Para esta Sala resulta poco diligente el actuar de la parte demandante al momento de allegar las pruebas tendientes a comprobar la responsabilidad o culpa del empleador, dado que por regla general la carga de la prueba está en su cabeza, máxime cuando existían pruebas testimoniales llevadas a cabo en proceso judicial adelantado en el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá en el que se perseguía el reconocimiento de una prestación pensional por parte de ARL POSITIVA, se reitera, sin que a este proceso se hubiera allegado el traslado de tales pruebas.

En conclusión, al no existir prueba alguna que permita inferir que el empleador Rafael Enrique Ortega Díaz hubiese actuado con negligencia en cuanto a la ocurrencia del accidente de trabajo, en consecuencia, no hay lugar a reconocer los perjuicios implorados.

En consecuencia, se adicionará la sentencia proferida el 25 de octubre de 2018, para declarar la existencia de la relación laboral entre el trabajador Arnaldo Angulo Rivero y el empleador Rafael Enrique Ortega Díaz desde el 26 de julio de 2010 fecha de la afiliación a la ARL al 5 de agosto de 2010 fecha del fallecimiento del trabajador, en todo lo demás se confirmará la sentencia apelada, pero por las razones expuestas en esta instancia. Costas de esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$200.000.00 pesos.

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

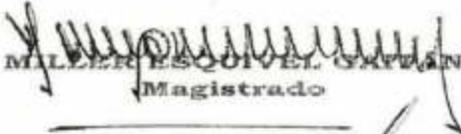
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de octubre de 2018, para declarar la existencia de la relación laboral entre el trabajador Arnaldo Angulo Rivero (q.e.p.d.) y el empleador Rafael Enrique Ortega Díaz desde el 26 de julio de 2010 fecha de la afiliación a la ARL al 5 de agosto de 2010 fecha del fallecimiento del trabajador.

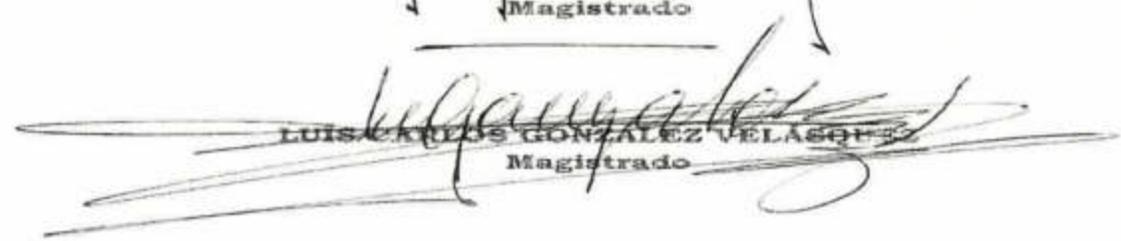
SEGUNDO: En todo lo demás se **CONFIRMA** la sentencia proferida el día 25 de octubre de 2018 por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **RUTH MARY MOSQUERA CARRETERO** y **YULIS ISABEL LÓPEZ MORALES** quien actúa en representación de su hija menor de edad **MARÍA ELENA ÁNGULO LÓPEZ** contra la **RAFAEL ENRIQUE ORTEGA DÍAZ, UNIÓN TEMPORAL CESVA** constituida por **CRUSHIHING INTEGRAL AVANZADA S.A.** e **INGENIERIA INTEGRAL AVANZADA S.A.** y **LA GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**; conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$200.000.00 pesos, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL OSPINA
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105028201700111-01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CHRISTIAN JAVIER
BETANCOURTH BERNAL EN CONTRA DE REPRESENTAS DE BOGOTÁ
S.A. Y GASEOSAS LUX SAS**

En Bogotá D.C. a los 30 de septiembre 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 interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 8 de mayo de 2018, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor Christian Javier Betancourth Bernal mediante apoderado judicial presentó demanda laboral en contra de Representas de Bogotá S.A., y Gaseosas Lux SAS, para que a través de los tramites propios del proceso ordinario laboral de primera instancia se concedieran en su favor las siguientes pretensiones (fls.7 a 10): *i)* se declare la existencia de un contrato de trabajo término fijo entre él y Christian Javier Betancourth Bernal, desde el 3 de julio de 1912, *ii)* que Gaseosas Lux SAS no puede dar por terminado el contrato de trabajo que el demandante tiene con la empresa Representas de Bogotá S.A., dejando sin valor y efecto el despido, que en consecuencia de las anteriores declaraciones se profieran las siguientes condenas: *i)* indemnización por despido injusto, *ii)* solidaridad de la demandada Gaseosas Lux S.A.S., *iii)* indemnización moratoria, *iv)* se ordene la corrección

de la liquidación de prestaciones sociales, v) facultades extra y ultra petita, vi) costas y gastos del proceso.

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

Que se vinculó a la empresa Representas de Bogotá S.A. el 3 de julio de 2012, que el 29 de febrero de 2016 la empresa hizo cesión del contrato de trabajo con la empresa Gaseosas Lux SAS son liquidar las prestaciones sociales, que devengaba la suma de \$1.823.000.00, que el 24 de septiembre de 2016 la empresa Gaseosas Lux SAS a través de su jefe de gestión humana comunica que da por terminado el contrato de trabajo por justa causa, que el 30 de septiembre de 2016 se elaboró la liquidación de prestaciones sociales con datos inexactos como fueron los extremos laborales y el salario devengado, que la empresa no agoto el procedimiento legal para formalizar una justa causa y dar por terminado el contrato de trabajo, que el 19 de septiembre de 2016 se envía carta de *"citación a cargos y descargos"*, en la que se solicita presentarse el 20 de septiembre de 2016 con el fin de *"esclarecer el procedimiento por el cual se le asignó el crédito a CLICK MARKETING"*, que allí explica *"como fue el procedimiento del crédito y que él no tiene que ver nada con carterá, ya que quien revisa si el crédito es aceptado o no, es carterá."* (Folios 128-133)

Del trámite procesal.

Una vez realizadas las notificaciones¹, las demandadas GASEOSAS LUX SAS en folios 75 a 84 y REPRESENTAS DE BOGOTÁ S.A. folios 236 a 245, presentaron sus respectivos escritos de contestación de demanda los cuales fueron admitidos el 4 de julio de 2017.

Contestaciones de la demanda:

La demandada GASEOSAS LUX SAS, median escrito de contestación de demanda, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, para lo cual argumento; que se celebró contrato de trabajo a término fijo por parte de Representas de Bogotá S.A. con el demandante el 29 de junio de 2012, que ese contrato de trabajo fue cedido a Gaseosas Lux SAS el 29 de febrero de 2016, por lo que tuvo vigencia desde el 3 de julio de 2012 al 24 de septiembre de 2016, que el contrato lo dio por terminado la empresa con justa causa, debido a las faltas graves cometidas *"se identificó una mala práctica, en donde se ofreció un crédito oficial a un distribuidor para ser usado en vez de los créditos provisionales, incurriendo en una pérdida por parte de la empresa de 42 millones de pesos, situación que está claramente prohibida al interior de la compañía..."*, que el demandante fue escuchado en diligencia de descargos el 20 de septiembre

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

de 2016, sin embargo, el acta por un error de digitación quedó con la fecha del 16 de septiembre de 2017. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: *i)* prescripción, *ii)* pago, *iii)* compensación, y *iv)* de buena fe de la empresa Gaseosas Lux SAS.

Por su parte la encartada Representas de Bogotá S.A., en escrito de contestación de demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra, hizo referencia a los mismos argumentos expuestos por la empresa Gaseosas Lux SAS. Propuso las siguientes excepciones: *i)* prescripción, *ii)* pago, *iii)* compensación, y *iv)* de buena fe de la empresa Gaseosas Lux SAS.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia emitida el día 30 de noviembre de 2018, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR existencia de un contrato de trabajo a término fijo.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **GASEOSAS LUX S.A.S.**, al reconocimiento y pago de la suma de \$24.096.002.66 por concepto indemnización sin justa causa la cual debe indexarse al momento de realizarse el pago.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones en su contra.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS...”.

Como fundamentos jurídicos de su decisión el *A quo* esgrimió:

Que se verificó y se encontraron probados todos los requisitos para la procedencia de la sustitución patronal, que también se comprobó la actuación del empleador respecto al debido proceso para dar terminado el contrato de trabajo encontrándose que cumplió, que se acreditó que no hay lugar a corregir la liquidación final de prestaciones sociales, ya que el empleador tuvo en cuenta inclusive una base salarial superior a la que alega haber recibido, en cuanto a la sanción moratoria absolvió al encontrar que no se adeudaba pago por derechos laborales.

Por último, respecto a la terminación del contrato de trabajo, encontró demostrado que fue la demandada quien dio final a la relación laboral, sin embargo, procedió a confirmar la ocurrencia de los hechos, extrayendo de las pruebas practicadas que el demandante ofreció información a un cliente sobre los créditos brindados por la empresa, a pesar de ello, considero que el trabajador no tenía injerencia en la aprobación del crédito, pues el encargado era el comité de cartera, por lo que no puede endilgarse al trabajador que su actuar haya causado pérdidas a la empresa, máxime

cuando este al momento de la aprobación del crédito se encontraba disfrutando de vacaciones, por lo que, concluyo que se debe condenar al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa.²

Del recurso de apelación

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandada Gaseosas Lux S.A.S. presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión proferida en primera instancia, para lo cual indico que lo considerado por la empresa para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, fue el incumplimiento por parte del trabajador al omitir cumplir con las políticas de la empresa y con sus obligaciones como representante de ventas, ya que entre sus funciones se encontraba realizar el seguimiento a los clientes, tal como se indicó por los declarantes, situación que no fue estudiada, además de que en el acta de cargos y descargos se deja constancia por parte del trabajador de que debía realizar seguimiento, es por dicha conducta y mala práctica que la empresa considero motivación suficiente para dar por terminado el contrato, máxime, cuando el trabajador asegura conocer los procedimientos del crédito, siendo consiente de una irregularidad la cual no informo y era su obligación.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente las partes estas guardaron silencio en esta 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:

En la forma en cómo se presentó el recurso de apelación por la parte demandada Gaseosas Lux S.A.S., el problema jurídico a resolver dentro del presente asunto se circunscribe a; i) si efectivamente al momento del despido del trabajador Christian Javier Betancourth Bernal medio justa causa para efectuar el mismo absolviéndose a la demandada del pago de la indemnización por despido sin justa causa.

DE LA JUSTA CAUSA INVOCADA POR GASEOSAS LUX S.A.S. PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO DE TRABAJO

² Audiencia art. 80 CPT y SS, CD Medio Magnético folio 363.

La ex empleadora Gaseosas Lux, al momento dar por terminada la relación laboral que sostenía con el señor Christian Betancourth indicó mediante la carta de despido del 24 de septiembre de 2016 visible a folio 30 del plenario, los siguientes motivos:

“El día 16 de septiembre de 2016, usted fue citado a diligencia de cargos y descargos para .que explicara la situación que se identificó a través de una revisión de créditos en la empresa y se identificó una mala práctica, en donde se ofreció un crédito oficial a un distribuidor para ser usado en vez de los créditos provisionales, incurriendo en la pérdida por parte de la empresa de 42 millones de pesos, situación que está claramente prohibida .al interior de la compañía , hechos estos demuestran que usted omitió hacer los seguimientos de acuerdo a sus funciones y como lo manifestó el único control que hacía era “lo que me decía el cliente” pero usted nunca hizo ese control al interior de la empresa. Escenarios como los anteriormente expresados se pueden evitar con solo seguir las políticas de la compañía.

Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones contenidas en este reglamento... Todo un acto u omisión que perjudique, obstruya o dilate el normal funcionamiento de cualquiera de las actividades de la Empresa.

Por todo lo anterior, la empresa ha tomado la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo a término fijo suscrito con usted, con justa causa, a partir del día de hoy 24 de septiembre de 2016.”

Ahora bien, del interrogatorio de parte practicado en primera instancia al demandante, se dijo por éste que el cargo que desempeñaba era el de representante de ventas, siendo sus principales funciones visitar a los clientes de la ruta asignada por el empleador, haciendo la sugerencia de productos, promociones y realizar el pedido, que conocía que la empresa otorgaba créditos fijos a los clientes, que a un cliente se le aprobó un crédito directo mientras él se encontraba disfrutando de sus vacaciones de lo cual se enteró por medio de su jefe inmediato, manifiesta que si bien se encargaba de facturar el pedido, lo cierto es que el cobro está en cabeza del departamento de cobranzas, sim que se pudiera conocer cuánto adeudaba el cliente a la empresa, también conto que el seguimiento que realizaba a los clientes era indagándoles si habían realizado el pago de la factura o si el cobrador había pasado a recaudar lo adeudado.

De lo anterior, es claro que contrario a lo manifestado por el apelante dentro de las funciones establecidas para el cargo de representante de ventas no se encontraba la de realizar seguimiento a los clientes respecto del crédito otorgado por la empresa, lo cual puede ser corroborado en el contrato de trabajo (fl. 33-34), además de lo dicho por el señor Christian Javier cuando se refiere al seguimiento del cliente no es relacionado con los parámetros

para la aprobación o asignación de un crédito, sino con el fin de que el cliente cumpla con el pago acordado. Ahora bien, la aprobación de un crédito dentro de la empresa está en cabeza del departamento de cartera, situación que fue confesada por la demandada a través de su representante legal cuando absuelve el interrogatorio de parte decretado y practicado, tampoco puede olvidarse que este departamento realizó el estudio y dio por aceptado el crédito al cliente aun cuando el trabajador Betancourth Bernal se encontraba disfrutando de sus vacaciones, situación que corrobora que el cargo desempeñado por el trabajador no tenía ninguna incidencia respecto a los créditos otorgados por la empresa a sus clientes.

Resulta necesario decir que en el acta de descargos (fl. 35-40) no se dejó constancia de que el demandante conociera de una función respecto al seguimiento de los clientes en torno a los aspectos concretos del crédito otorgado por la empresa, lo que tampoco se evidencia en el contrato de trabajo cláusula octavo, además en su literal f) en donde se hace referencia que el trabajador debe informar a la empresa de cualquier irregularidad que observe u ocurra, situación que alega la parte demandada para justificar el despido, sin embargo, a diferencia de lo expresado por la entidad el demandante nunca admitió conocer de una irregularidad al respecto que debiera colocar en conocimiento de su empleador.

Dicho lo anterior, conforme a lo señalado por el *A quo* en su decisión al indicar, que no se encuentra acreditada una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, conclusión que acoge esta Corporación.

Situación que, no 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 confirmará la decisión de instancia, Costas de esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$1.000.000.00 y en favor 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

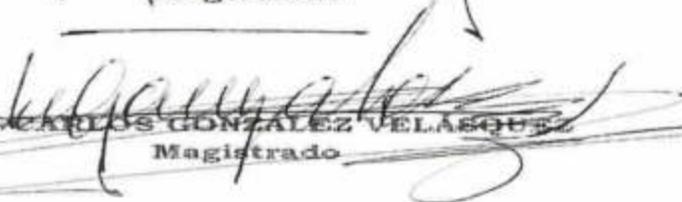
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2018, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **CHRISTIAN JAVIER BETANCOURTH BERNAL** en contra de **REPREVENTAS DE BOGOTÁ S.A.** y **GASEOSAS LUX**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada GASEOSAS LUX y en favor de la parte demandante en la suma de \$1.000.000.00 pesos, se confirman las de primera instancia dadas las resultados del proceso.

Notifíquese y cúmplase


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYMÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105039201600451-01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OSCAR GIOVANNI POVEDA
SUÁREZ CONTRA SOCIEDAD DE OBJETO UNICO CONCESIONARIA
ESTE ES MI BUS SAS.**

En Bogotá D.C. a los 30 días del mes de septiembre 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 resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2018, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor OSCAR GIOVANNI POVEDA SUÁREZ por medio de apoderado judicial promovió proceso ordinario laboral de primera instancia contra SOCIEDAD OBJETO UNICO CONCESIOBARIA ESTE ES MI BUS SAS, 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: declarar que la terminación del contrato es ilegal por no mediar autorización expresa por

el Ministerio de Trabajo, que se encuentra cobijado por un fuero de estabilidad laboral reforzada en razón a su limitación física, que se encuentra cobijado por el fuero circunstancial en razón a la presentación del pliego de petición.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se profieran las siguientes condenas: reintegrar y/o reinstalar al demandante a un cargo igual o superior jerarquía, al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa equivalente a 180 días, aportes al sistema de seguridad social, daños y perjuicios morales y materiales, costas y agencias en derecho, a lo extra y ultra petita. (Folios 59-60)

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

Que ingreso a trabajar con la empresa Sociedad de Objeto Único Concesionaria Este Es Mi Bus a partir del 19 de mayo de 2014, que al momento del ingreso no presentaba ninguna patología de origen osteomuscular ni musculatenidiosa, que el cargo desempeñado era el de Operador II, que se encontraba vinculado mediante un contrato de trabajo a término indefinido, que devengaba la suma de \$879.352, que se afilio a la Unión General de Trabajadores del Transporte en Colombia UGETRANS COLOMBIA el 18 de marzo de 2016, que la labor para la cual fue contratado fue ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones y órdenes impartidas, que se dio por terminada la relación laboral el 23 de marzo de 2016 en forma unilateral y sin justa causa, que el 23 de marzo de 2016 se radico la lista de trabajadores que se había afiliado a la organización sindical y el respectivo pliego de peticiones, el cual fue enviado por INTERRAPIDISIMO, al no poderse radicar de forma física, que se desconoció la condición de estabilidad laboral reforzada, así como el fuero circunstancial que lo amparaba al momento del despido, que el 4 de julio de 2015 sufrió accidente de trabajo, ya que el dar un salto el bus que operaba le produjo un dolor lumbar, que el 31 de julio de 2015 Seguros Bolívar EMITIO RESTRICCIONES MEDICO LABORALES, que el 21 de marzo de 2016 acude a la Cruz Roja Colombiana siendo incapacitado por 3 días, que en los exámenes de egreso quedó constancia de la patología lumbar padecida en la actualidad, que el 14 de abril de 2016 el Juzgado 81 Municipal con Función de Control de Garantías profirió fallo de tutela donde ordena el reintegro, el pago de la indemnización por despido sin justa causa y la cancelación de aportes en seguridad social de carácter transitorio por termino de 4 meses, que no se ha dado cumplimiento al fallo. (Folios 60-63)

Contestación de la demanda:

La encartada a través de apoderado judicial dio contestación al libelo de demanda, mediante la documental obrante a folios 102 a 117 y 245, en la que se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, para lo cual manifestó que al demandante se le dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa y en razón a su deficiente rendimiento, que al momento del despido el demandante no gozaba de fuero circunstancial o estabilidad laboral reforzada por cuestiones de salud, que al momento del despido no se conocía que el demandante estuviera afiliado a un sindicato, como tampoco se había presentado pliego de petición alguno, que el 28 de marzo de 2016 después de terminado el contrato llegó a la sociedad oficio mediante el cual se indica que el demandante se había afiliado a un sindicato, sin especificar la fecha de la afiliación o documento que se encuentra suscrito por el demandante, al que se le dio respuesta el 29 de marzo de 2016 indicando que no hay soportes de la afiliación, no propuso excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia emitida el día 11 de diciembre de 2018¹, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió;

“PRIMERO: ABSOLVER a la SOCIEDAD DE OBJETO ÚNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS S.A.S., de todas las pretensiones formuladas en su contra por el señor OSCAR GIOVANNI POVEDA SUÁREZ, de conformidad a lo previsto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante...”

Como fundamento de la decisión expuso: que el demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo no gozaba de una estabilidad laboral reforzada por problemas de salud, como tampoco de un fuero circunstancial que lo protegiera, toda vez que no acreditó una discapacidad superior o igual al 15% tal como lo adoctrino la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, además que no demuestra incapacidad médica para el momento del despido, por último anoto que el pliego de petición fue interpuesto el 28 de marzo de 2016, es decir, con posterioridad a la terminación del vínculo laboral.

Del recurso de apelación

Inconforme con las resultas del proceso la apoderada de la parte demandante presentó recurso de apelación en los siguientes términos: no estar de acuerdo con la decisión de primera instancia, solicitando su revocatoria, para lo cual argumento que el 19 de abril de 2016 el

demandante sufrió un accidente de trabajo, el cual tuvo como consecuencia las patologías que hoy sufre, que a la diligencia se aportó dictamen con el fin de comprobar las patologías que padece el demandante el cual no se tuvo en cuenta, que dichos padecimientos eran conocidos por el empleador, sin embargo, decidió dar por terminado el contrato de trabajo, cumpliéndose con ello los presupuestos establecidos por la Corte Constitucional debiendo aplicarse el principio de favorabilidad, que tampoco se tuvo en cuenta que previo al despido hubo incapacidades.

En cuanto al tema del fuero circunstancial la empresa no quería notificarse del pliego de petición, por ello se remitió la solicitud a través de correo certificado, no pude olvidarse que el trabajador era sindicalizado.

Alegatos de conclusión

Una vez vencido el traslado correspondiente las partes guardaron 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 entiende la Sala que debe resolver si hay lugar al reintegro pretendido, para lo cual se debe verificar; (i) la existencia de una estabilidad laboral reforzada por motivos de salud o (ii) el amparo de un fuero circunstancial.

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

De la ineficacia del despido en razón a la estabilidad laboral

Como quiera que la parte demandante centró su recurso de apelación indicando que el demandante si gozaba de la protección de estabilidad reforzada por las patologías que presentaba al momento del despido, al respecto, 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 de Justicia 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 1º 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)², del 3 de noviembre de 2010 (Radicado 38992)³ y del 28 de agosto de 2012 (Radicado 39207)⁴.

² 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.

³ 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.

⁴ 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

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”* (ibidem).

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 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

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”

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 folio 44 aparece informe de accidente de trabajo de fecha 4 de julio de 2015, en el que se dijo: *“El día sábado operando el bus se percibe falla en la suspensión (amortiguadores no funcionan) saltando mucho y al bajar el puente de la 19 con Cra. 30 el bus salta fuerte ocasionándome un pequeño dolor en el costado izquierdo zona lumbar generando el día domingo y lunes dolor más fuerte acompañado de adormecimiento en la zona izquierda pierna y espalda. Dejo como testigo al señor Mario Morales...”*, dicho reporte no permite que se demuestre la existencia de una pérdida de capacidad laboral, la cual solo puede ser reconocida de forma inicial por la EPS, ARL o Fondo de Pensiones.

La compañía de Seguros Bolívar S.A., presto atención médica y realizo seguimiento del accidente de trabajo (fl. 47- 51), ordenando 10 sesiones de fisioterapia, diagnostico *“lumbago con ciática”* y emitió el 31 de julio de 2015 *“restricciones laborales lumbalgia con signos de radiculopatía L5 -S1”*, sin que se acredite que la ARL haya calificado al demandante otorgándole algún porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Que Seguros Bolívar ARL mediante oficio de fecha 19 de abril de 2016 (fl. 146), reconoció como accidente de trabajo el hecho ocurrido el 4 de julio de 2015, al realizar el correspondiente seguimiento (fl. 140 – 145) y la evolución del evento determino dar por cerrado el caso.

A folios 45 y 46 se evidencia una incapacidad médica 2 días, en razón a un dolor de garganta, se diagnosticó una *“amigdalitis aguda, no especificada”*, iniciando la incapacidad el 21 y terminando el 22 de marzo de 2016, con lo que es claro que para la fecha del despido que lo fue el 23 de marzo de ese mismo año no se encontraba incapacitado, además nótese que el motivo de la consulta y consecuente incapacidad, nada tiene que ver con las patologías que alega padecer.

De otro lado, es cierto el 11 de diciembre de 2018 en audiencia de primera instancia se allego dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupación, emitido el 25 de julio de 2018 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, en el que se determinó el origen de la enfermedad *“enfermedad común”*, con diagnostico *“trastorno de disco lumbar y otros, con radiculopatía”*, en el que tampoco se observa que se haya determinado la pérdida de capacidad laboral (fl. 284-287).

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 padece de un *“lumbago con ciática”*, al momento de despido el 23 de marzo de 2016, 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, inclusive a la fecha brilla por su ausencia la determinación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

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 en razón a su discapacidad por motivos de salud, sin que pueda darse aplicación a la jurisprudencia de la Corte Constitucional traída a colación por la parte demandante, siendo los presupuestos aquí analizados el criterio del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción ordinaria laboral.

Fuero circunstancial.

El artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 disponen en lo pertinente lo siguiente:

“Los trabajadores que hubieren presentado al empleador un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto”.

El artículo 10 del Decreto 1373 de 1966, al respecto expuso:

“La protección a que se refiere el artículo 25 del decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados al sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al patrono hasta que se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o el pacto, o quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso”.

Y el artículo 36 del Decreto Reglamentario 1469 de 1978,

“La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o el pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso.

Las normas del presente capítulo no se aplican a los empleados públicos, sujetos a estatuto especial”.

En este orden de ideas, el llamado fuero circunstancial es la garantía de la que gozan tanto los trabajadores afiliados al sindicato como los no sindicalizados, de no ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la iniciación del conflicto, durante toda la negociación colectiva hasta la solución del mismo, lo que se traduce en una prohibición a los empleadores de despedir trabajadores sin que medie una justa causa, o de lo contrario el despido se torna en ineficaz.

Acerca del conflicto colectivo de trabajo

Es aquella situación de controversia derivada de las relaciones de trabajo y en la que se inmiscuye al grupo de trabajadores debido al interés colectivo que les asiste.

La negociación colectiva a fin de dirimir el conflicto colectivo de trabajo cuenta con sus etapas propias:

- Presentación del pliego de peticiones
- Negociación Directa.
- Decisión de huelga o arbitraje.

El pliego de peticiones contiene los puntos a negociar y configura el inicio de la negociación colectiva.

Artículo 433 del CST subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965 artículo 27. Iniciación de conversaciones. *“1. El {empleador} o la representante, están en la obligación de recibir a los delegados de los trabajadores dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación oportuna del pliego de peticiones para iniciar conversaciones. Si la persona a quién se presentare el pliego considerare que no está autorizada para resolver sobre él debe hacerse autorizar o dar traslado al {empleador} dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación del pliego, avisándolo así a los trabajadores. En todo caso, la iniciación de las conversaciones en la etapa de arreglo directo no puede diferirse por más de cinco (5) días hábiles a partir de la presentación del pliego.”*

Artículo 434 del CST subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 60. Duración de las conversaciones. *“Las conversaciones de negociación de los pliegos de peticiones en esta etapa de arreglo directo durarán veinte (20) días calendario, prorrogables de común acuerdo entre las partes, hasta por veinte (20) días calendario adicionales...”*

Artículo 435 del CST Subrogado por la Ley 39 de 1985 artículo 2. Acuerdo.

“Los negociadores de los pliegos de peticiones deberán estar investidos de plenos poderes, que se presumen, para celebrar y suscribir en nombre de las partes que representan los Acuerdos a que lleguen en la etapa de arreglo directo, los cuales no son susceptibles de replanteamiento o modificaciones en las etapas posteriores del conflicto colectivo.

Si se llegare a un Acuerdo total o parcial sobre el pliego de peticiones, se firmará la respectiva convención colectiva o el pacto entre los trabajadores no sindicalizados y el {empleador}, y se enviará una copia al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por conducto del inspector respectivo.

Los Acuerdos que se produzcan en la primera etapa del Trámite de negociación se harán constar en Actas que deberán ser suscritas a medida que avancen las conversaciones y que tendrán carácter definitivo”.

Artículo 444 del CST subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 61. Decisión de los trabajadores. *“Concluida la etapa de arreglo directo sin que las partes hubieren logrado un acuerdo total sobre el diferendo laboral, los trabajadores podrán optar por la declaratoria de huelga o por someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.*

La huelga o la solicitud de arbitramento serán decididas dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de la etapa de arreglo directo, mediante votación secreta, personal e indelegable, por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, o de la asamblea general de los afiliados al sindicato o sindicatos que agrupen más de la mitad de aquellos trabajadores...”

Artículo 445 del CST subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 62. Desarrollo de la huelga. *“1. La cesación colectiva del trabajo, cuando los trabajadores optaren por la huelga, sólo podrá efectuarse transcurridos dos (2) días hábiles a su declaración y no más de diez (10) días hábiles después....”*

Artículo 459 del CST compilado por el Decreto 1818 de 1998, artículo 188. Término para fallar. *“Los árbitros proferirán el fallo dentro del término de diez días, contados desde la integración del tribunal. Las partes podrán ampliar este plazo.”*

De suerte que, luego de una lectura armónica de las disposiciones transcritas observa la Sala que el conflicto debe desarrollarse dentro de las etapas respectivas en los términos y plazos establecidos.

Acerca de hechos relevantes en el proceso y acreditación probatoria:

1. Presentación del pliego de peticiones del 28 de marzo de 2016 (fl. 158).
2. Carta de terminación del contrato de trabajo del 23 de marzo de 2016 (fl. 43).

Al respecto, advierte la Sala que la presentación del pliego de peticiones fue con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo dado que transcurrió más de 5 días, pues si bien se alega por el recurrente que el empleador no quiso recibir el pliego de peticiones el 23 de marzo de 2016 viéndose obligado a remitirlo por correo certificado, lo cierto es que el empleador solo tuvo conocimiento del pliego de petición desde el momento en que lo recibió, además no existe prueba alguna de que en realidad el empleador se haya negado a recibir el documento.

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.

Conforme a lo anterior, la Sala confirma la decisión de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$300.000.00 pesos y en favor de la demandada. 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

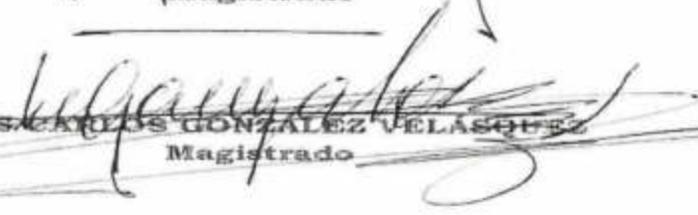
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito Judicial de Bogotá, proferida el 11 de diciembre de 2018, instaurada por OSCAR GIOVANNI POVEDA SUÁREZ en contra de SOCIEDAD OBJETO UNICO CONCESIONARIA ESTE ES MI BUS SAS, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

Notifíquese y cúmplase


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL SAMPEDANO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado