

AGUAS DEL MAGDALENA S.A. desde el 03 de julio de 2012, que estuvo afiliada a MEDIMÁS E.P.S., que estuvo incapacitada y gozó de licencia de maternidad entre el 17 de mayo y el 03 de noviembre de 2017, y que estas prestaciones fueron pagadas por parte del empleador; que la medida cautelar del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección A, fue levantada el 10 de abril de 2019, por lo que, se encuentra a cargo de CAFESALUD E.P.S. las prestaciones causadas con anterioridad al 01 de agosto de 2017, y a cargo de MEDIMÁS las causadas con posterioridad a la fecha aludida; y que el hecho de que CAFESALUD E.P.S. tenga cuentas embargadas no justifica que incumpla su obligación de pago de prestaciones económicas, por demás que los recursos en salud son administrados por el FOSYGA hoy ADRES.

IV. APELACIÓN.

CAFESALUD E.P.S. (fls.96 a 101).

Adujo que de conformidad con la orden proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Primera- Subsección A., se decretó una medida cautelar de urgencia encaminada a que fuera MEDIMÁS E.P.S., la entidad encargada de asumir todas las obligaciones de CAFESALUD E.P.S.; que por lo anterior, MEDIMÁS E.P.S. pagó la licencia de maternidad solicitada; que las liquidaciones de las incapacidades 539491, 5487224, y 5517838 presentan inconsistencias, pues la primera tuvo en cuenta un extremo inicial el 14 de mayo de 2017, cuando data del 17 de mayo de 2017, y las demás incapacidades, no son prórrogas; que en todo caso, las incapacidades fueron objeto de pago; y que el proceso liquidatorio es un proceso especial y reglado, de modo que, la parte demandante debió comparecer a dicho proceso.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si hay lugar al pago de las incapacidades y las licencias de maternidad por parte de CAFESALUD E.P.S.; si las incapacidades fueron liquidadas en debida forma por parte del A Quo; y si la demandante debió hacerse parte dentro del proceso liquidatorio de CAFESALUD E.P.S.

DEL PAGO DE INCAPACIDADES Y/O LICENCIAS DE MATERNIDAD.

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993, y en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado o gozando de una de licencia de maternidad (art. 2.2.1.1.1.1 del Decreto 780 de 2016).

Así las cosas, cuando el trabajador padece de una enfermedad de origen común o profesional y, por ende, se vea incapacitado para prestar personalmente sus servicios al empleador, los sub sistemas respectivos entran a cubrir la contingencia, siempre y cuando el empleador haya cumplido su obligación de efectuar los aportes; en estos casos, lo que recibe el trabajador es un auxilio por incapacidad, que es una prestación económica reconocida por la E.P.S. o A.R.L. según sea el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio.

En igual sentido, una trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 18 semanas, contadas a partir del día del parto o del tiempo que estipule el médico que debe ausentarse de su trabajo; a la madre se le deberá pagar el salario que devengue al momento de iniciar la licencia, según las voces del artículo 236 del C.S.T.

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad y las licencias de maternidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, que aduce:

“Artículo 121. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador **ante las entidades promotoras de salud, EPS**. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”.

De la norma transcrita se desprende que en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades y licencias de maternidad de sus trabajadores.

Ahora bien, y relación con las incapacidades, el reembolso que solicite el empleador sólo es dable sobre las concedidas a partir del día tercero, ya que los dos primeros días están en cabeza del empleador, según lo dispone el **parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999¹**.

Igualmente, el auxilio económico que recibe el trabajador en la incapacidad laboral de origen común corresponde al 66.66% del salario base de cotización durante los primeros 90 días, y luego del 50%, siempre que el resultado no sea inferior al salario mínimo, conforme lo indica el **artículo 222 del C.S.T²**.

No obstante, la constitucionalidad de dicha norma fue sometida a estudio por la H. Corte Constitucional, a través de la sentencia **C-543 de 2007**, en la que dijo lo siguiente:

" (...) la Corte ha analizado en anteriores ocasiones la relación del derecho al mínimo vital y el pago de las incapacidades laborales. En casos de protección de derechos mediante la acción de tutela, por ejemplo, ha considerado que procede el pago de licencias por incapacidad laboral, a pesar de la existencia de otros medios judiciales ordinarios para su cobro, toda vez que el pago de la incapacidad se equipara al salario para la persona que no ha podido acudir al trabajo y, por tanto, tiene estrecha relación con el derecho fundamental a obtener las condiciones materiales básicas para el desarrollo de una vida en condiciones dignas.

Ha señalado esta corporación lo siguiente:

"El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de

¹ **"Artículo 40 (...) PARAGRAFO 1o.** <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente."

² **"ARTICULO 227. VALOR DE AUXILIO.** <Ver Notas del Editor> <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante".

remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”.

Así las cosas, de estar demostrada la afectación del mínimo vital por el no pago de las incapacidades laborales, procederá la tutela para ordenar su cancelación”.

En atención a los anteriores elementos la Corte considera pertinente distinguir aquellas situaciones en las que el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional sea inferior al salario mínimo legal, en las que se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 superior, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar.

En esas circunstancias, la Corte entiende que el porcentaje del auxilio monetario por enfermedad no profesional no quebranta el principio de igualdad y el estatuto del trabajo, siempre y cuando su valor no sea inferior al salario mínimo legal”.

Así mismo, la H. Corte Constitucional en la sentencia T-364 del 2016, señaló que **las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre una y otra no exista lapso mayor a 30 días y correspondan a la misma enfermedad.** Al respecto, dijo:

“De esta forma, si la incapacidad es igual o menor a 2 días, el pago debe ser asumido por el empleador. Si la incapacidad es mayor a 3 días, debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador hasta el día 180, en los términos del parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, modificado por el Decreto Reglamentario 2943 de 2013 y, el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 *“Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”*, siempre y cuando no sea prórroga de otra. **Cabe advertir que las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre una y otra no existe un lapso mayor a 30 días y corresponden a la misma enfermedad.** En relación con este deber, este Tribunal ha determinado algunas situaciones excepcionales en que esa competencia se traslada al empleador. (Negrillas por la Sala).

Por otra parte, y en relación con la **licencia de maternidad**, la H. Corte Constitucional en las sentencias T-049 de 2011, T-503 de 2016, y T-529 de 2019, explicó que cuando se niega la

licencia de maternidad con el argumento de que no se cumplió con el período mínimo de cotización en el periodo de gestación, la E.P.S. viola el derecho fundamental a la salud, la vida de la mujer y del recién nacido, puesto que tal exigencia no debe tenerse como argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, en tanto que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de **manera total o proporcional**.

De esta manera, la H. Corte Constitucional ha expuesto dos hipótesis que determinan tratamientos diferentes para el pago de las licencias de maternidad: la primera hipótesis, señala que *“cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS menos de dos meses del periodo de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago total de la licencia de maternidad”*. Por su parte, la segunda hipótesis señala que: *“cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS más de dos meses del periodo de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo que cotizó”*. En la sentencia T-174 de 2008 se aclaró que los dos meses correspondían a 10 semanas.

DEL PROCESO LIQUIDATORIO.

La empresa es la base del desarrollo, fuente de empleo y de bienes y servicios para el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad, por ello tiene una función social que implica obligaciones con sus trabajadores y con la sociedad, que exige el pago de salarios justos y el suministro de bienes y servicios que sean cuantitativa y cualitativamente aptos para el bienestar de los habitantes (Ver frente al punto, la sentencia C-807 de 2003).

En este sentido, la función que cumple la empresa en una sociedad es el fundamento de un sin número de intervenciones legítimas del Estado, dentro del marco de un Estado Social de

Derecho y de una economía social de mercado, por lo que dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación.

La H. Corte Constitucional en sentencia **SU-773 de 2014**, señaló los efectos de la iniciación del proceso de liquidatorio, que se resumen de la siguiente manera:

“En relación con la apertura del proceso liquidatorio y los efectos de la iniciación del proceso de liquidación judicial, el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 establece una serie de consecuencias jurídicas de la mayor relevancia, que tienen que ver con aspectos relacionados (i) con la persona del deudor y su actividad; (ii) con las obligaciones a su cargo; (iii) con sus bienes; (iv) con cuestiones de orden estrictamente procesal.

Entre otros, la normatividad prevé los siguientes efectos de la apertura o iniciación de la liquidación judicial: (i) la disolución de la persona jurídica, (ii) la terminación de contratos, (iii) la finalización de encargos fiduciarios, (iv) la interrupción de los términos de prescripción y la inoperancia de la caducidad, (v) la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo del deudor, (vi) la prohibición de disposición de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable, (vii) la remisión al juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor, con el objeto que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, de manera que la continuación de los mismos por fuera del proceso de liquidación será nula y corresponde ser declarada por el juez del concurso, (viii) la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.

2.7.17. Otro de los efectos de naturaleza procesal de la iniciación del proceso de liquidación judicial, consiste en la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria. Este efecto implica no solo que las normas del proceso concursal tienen carácter especial y preferente frente a las demás normas de carácter procesal general, sino también que por tener el proceso liquidatorio una vocación universal tiene preferencia sobre cualquier otro proceso en el cual se trate de hacer efectivas las obligaciones en contra del deudor. Por lo tanto, una vez iniciado el proceso concursal, no puede admitirse demanda alguna en la cual se pretenda la apertura de otro proceso concursal o de uno de reorganización, ni tampoco es posible que una vez iniciada la liquidación judicial haya lugar a la ejecución extraconcursal mediante procesos ejecutivos, como ya se mencionó en el apartado anterior”.

En ese entendido, las reglas establecidas en los procesos liquidatorios, por cuanto son asuntos de carácter universal y tienen como fundamento el principio de igualdad entre los acreedores, desarrollado a través de la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo a cargo de la entidad correspondiente, tienen un procedimiento según el cual los acreedores deben hacerse parte, para que su acreencia sea graduada y calificada según el orden de prelación definido por la ley.

No obstante, lo anterior no quiere decir que el conocimiento de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud para conocer el asunto bajo análisis riña con las normas que orientan el proceso de liquidatorio, pues aquello no pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino que tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio.

Entonces, al tratarse de un proceso que se adelantó con el lleno de los requisitos legales, se tiene que no afecta el trámite concursal ni las acreencias eventuales de otros acreedores, como lo quiso hacer ver en el recurso de apelación el apoderado de la E.P.S. CAFESALUD, pues se reitera lo que se busca con el presente trámite es imprimir certeza a ese derecho, requisito sin el que no es procedente exigir su efectividad, aunado a que la misma en todo caso la decisión que profiera, deberá respetar las reglas establecidas en el proceso de liquidación que se adelanta contra la convocada a juicio.

Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL416-2021, aseveró:

“Por otra parte, es infundado sostener, como lo hace la impugnante, que la actora debió hacerse presente en la liquidación de la entidad si consideraba que existía una obligación en su favor, pues, precisamente lo que procuró al promover el proceso judicial que ahora se examina, fue que se declarara la existencia de la relación laboral, y de contera, del crédito a cargo de la enjuiciada. En todo caso, importa destacar que el inicio del proceso liquidatorio de una entidad pública no es impedimento alguno para que sus trabajadores concurren a los jueces, con el objeto de propender por que se declaren judicialmente las garantías laborales que les han sido desconocidas”.

DEL CASO CON CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) Karina Morón Morón labora para AGUAS DEL MAGDALENA S.A. desde el 03 de julio de 2012 (fls. 34 y 35).
- ii) La demandada efectuó los aportes a seguridad social en salud de su trabajadora, Karina Morón Morón, de septiembre de 2016 a agosto de 2017 (fl.27).
- iii) Karina Morón Morón estuvo incapacitada del 17 al 23 de mayo, del 15 al 19 y 24 al 28 de junio de 2017 (fls. 13 a 25).
- iv) Karina Morón Morón gozó de licencia de maternidad del 01 de julio al 03 de noviembre de 2017 (fls.9 a 12).
- v) El empleador pagó el salario sin interrupción de Karina Morón Morón de mayo a noviembre de 2017, tiempo en el que la trabajadora estuvo incapacitada y en licencia de maternidad (fls. 36 a 48).
- vi) El 25 de agosto de 2017, solicitó el pago de las incapacidades y de la licencia de maternidad a E.P.S. CAFESALUD, la que fue negada por esta entidad el (fls. 59 a 62).
- vii) Que el 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia que dentro del proceso con radicado

250002341000201601314-00, que **MEDIMÁS E.P.S.** prestara la prestación del servicio de salud de los afiliados de CAFESALUD E.P.S., y efectuara el pago de incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales (medio óptico de folio 105).

- viii) Que mediante la Resolución N° 007172 de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar **CAFÉSALUD E.P.S.**, por el término de dos años (medio óptico de folio 105).

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero por indicar es que **CAFÉSALUD E.P.S.**, aún se encuentra en proceso liquidatorio, por lo que es dable a través de esta acción el reconocimiento y pago de las incapacidades objeto de controversia, dado que como se dijo en precedencia, no se pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino por el contrario este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio, por lo que, nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo.

Ahora bien, la Sala no desconoce que mediante providencia del 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia, dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que MEDIMAS E.P.S. prestara la prestación del servicio de salud, y efectuara el pago de incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales. No obstante, en proveído del 10 de abril de 2019 la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló que las prestaciones posteriores al 01

de agosto de 2017 quedaron a cargo de MEDIMAS E.P.S. y las anteriores a cargo de CAFESALUD E.P.S.:

“De todo lo anterior, resulta claro para la Sala que durante los años 2015 a julio de 2017, CAFESALUD EPS S.A., vulneró el derecho colectivo de acceso al servicio público de la seguridad social en salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna a sus afiliados. Se advierte que durante el trámite de este medio de control y en medio de las quejas generalizadas por parte de una gran mayoría de los afiliados de CAFESALUD EPS S.A., se expidió la Resolución No. 2426 de 19 de julio de 2017 por parte del Superintendente Nacional de Salud (Fls. 668 a 674) “Por medio de la cual se resuelve la solicitud de aprobación del Plan de Reorganización Institucional- Creación de Nueva Entidad, presentado por Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. (NIT 800.140.949-6) y MEDIMAS EPS S.A.S. (NIT 901.097.473-5).”.

Dicha resolución, tuvo como fundamento el Concepto emitido por la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional con el apoyo de la Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgos, las cuales verificaron que Cafesalud E.P.S. S.A., se ajustaba a la normativa vigente que rige este tipo de procedimientos dentro del SGSSS y concluyó que la misma cumplía con todos los requisitos exigidos en el numeral 3.2.1. de la Circular Externa No. 005 de la Superintendencia Nacional de Salud, relativos a la primera y tercera etapa del Proyecto del Plan de Reorganización Institucional de creación de una nueva entidad.

En consecuencia, a través de la Resolución No. 2426 de 19 de julio de 2017, se resolvió.

(...) Es decir, que a partir del 1 de agosto de 2017 la sociedad MEDIMÁS EPS S.A.S., tiene a su cargo el aseguramiento en salud y la efectiva prestación de servicios de la totalidad de la población de afiliados de CAFESALUD EPS S.A., razón por la cual, a partir de ese momento se le reconoció en este proceso como sucesora procesal de la última.

Advierte la Sala, que a partir del inicio de la operación de aseguramiento de MEDIMÁS EPS S.A.S., esto es, el 1 de agosto de 2017, los medios de comunicación nacionales reportaron múltiples casos de falta, inadecuada o deficiente prestación del servicio por parte de la nueva EPS, así se encuentra documentado en el expediente de folios 689 a 735”.

Por tanto, ni la existencia de un proceso liquidatorio ni la de una medida cautelar que ya fue objeto de levantamiento pueden ser justificación para que CAFESALUD E.P.S. se abstenga del reconocimiento de las prestaciones económicas a su cargo,

las que conforme a lo visto son las causadas con anterioridad al 01 de agosto de 2017.

Aclarado lo anterior, verifica la Sala que AGUAS DEL MAGDALENA S.A. solicita el pago de **las incapacidades con radicados 5394913, 5487224, y 551738** por las sumas de \$400.849, \$240.509, y \$240.509, respectivamente, así como la **licencia de maternidad** con radicado **5539679**. Al respecto, señala CAFESALUD E.P.S. que se pagaron, para lo que se hace necesario rememorar que el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P, dispone:

“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

De esta manera, le correspondía a CAFESALUD E.P.S. allegar los correspondientes documentos que dieran cuenta del reconocimiento económico; no obstante, y tan sólo cuando se elevó la impugnación por aquella, fue que se puso de presente el pago de las correspondientes incapacidades y de la licencia de maternidad con el respectivo soporte documental. Al punto, es necesario tener en cuenta que el proceso sumario, goza de un procedimiento corto y expedito, más ello no es óbice para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción dentro de la actuación, tal y como lo establece el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, al disponer:

“(…) La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”.

En ese orden de ideas, el inciso 2° del párrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, establece las etapas del proceso sumario de conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud, resaltándose que no se prevé expresamente la posibilidad de contestar la demanda, y sí que prevalecerá la informalidad, miremos:

“La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

No obstante, lo anterior no quiere decir que se puedan allegar pruebas en cualquier etapa del proceso, pues el inciso 4° del artículo 279 del C.G.P, dispone que los hechos sobrevinientes se pueden alegar a más tardar antes de los alegatos de conclusión. En tal sentido, y no existiendo este momento procesal en el proceso sumario, se entiende que se pudieron arrimar las constancias de las que se pretende derivar el pago, **hasta antes de que el A Quo dictará sentencia**. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL4221-2020**, señaló que:

“Los falladores de instancia no pueden ignorar aquellos hechos sobrevinientes al proceso que puedan impactar los requisitos o supuestos para acceder a las diferentes prestaciones establecidas en la ley. Así lo tiene explicado esta Corporación, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2000, rad. 14214, reiterada en las sentencias SL16805-2016 y SL3707-2018, donde al respecto dijo:

[...] en los procesos laborales es aplicable el artículo 305 del CPC en tanto prevé, en casos como el aquí estudiado la obligación del sentenciador de tener en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y

allegado regularmente antes de que el expediente entre a despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.

En este orden, por haberse satisfecho el requisito de la edad con posterioridad a la presentación de la demanda, se está ante un hecho sobreviniente que no puede desconocerse, además de tener respaldo normativo procesal en el artículo 281 del CGP, aplicable a los procesos laborales por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS".

En el sub lite, se observa que el A Quo garantizó el debido proceso de CAFESALUD E.P.S., ya que le notificó la solicitud dirigida por la parte actora, y ésta tuvo la oportunidad de pronunciarse efectuando la contestación de la demanda, allegando las pruebas correspondientes para ejercer su derecho de defensa (medio óptico de folio 105).

Por otra parte, no desconoce la Sala que los documentos en que se fundamenta la impugnación son de fechas posteriores a la radicación de la contestación de la demanda, 31 de julio de 2018 (medio óptico de folio 105), pues los documentos con los que se argumenta el recurso de apelación, esto es, las relaciones de pago por transferencia detallada por proveedor es del **04 de septiembre de 2018**, (fls. 102 y 103); sin embargo, la sentencia por parte de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud se dictó el **31 de julio de 2020**, de manera que, ante la posibilidad de allegarse antes de dictarse sentencia primera instancia, no pueden tenerse como hechos sobrevinientes.

En ese orden de ideas, no es posible estudiar los documentos allegados con la impugnación, para con ellos verificar si se logró acreditar el pago de los valores recobrados.

Ahora bien, aun si en gracia de discusión se admitiera la posibilidad de tener en cuenta los aludidos documentos, la Sala tendría que concluir que si bien de éstos se logran extraer unos pagos por parte de CAFESALUD E.P.S. a favor de AGUAS DEL MAGDALENA S.A. se desconoce por qué concepto se pagaron. En

efecto, en cada uno de los pagos relacionados si bien se señala que obedecieron a incapacidades y/o licencia de maternidad, así como están identificados con un número de radicado, lo cierto es que no existe prueba alguna de la que se pueda extraer que dicho radicado corresponda a la trabajadora Karina Morón Morón, por lo que en tales condiciones no resulta dable determinar fehacientemente si se reconocieron o no las prestaciones económicas que aquí se deprecian.

Lo anterior sin perjuicio de que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en aras de verificar el cumplimiento de la condena establecida en el numeral cuarto de la sentencia, esto es: **"ORDENAR a CAFESALUD E.P.S. a pagar la suma de \$11'425.333, con las actualizaciones monetarias correspondientes, en favor de la sociedad AGUAS DEL MAGDALENA S.A., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia"**, requiera a la demandada CAFESALUD E.P.S., para que suministre soportes adicionales que puedan otorgar certeza del pago de las incapacidades y/o licencias de maternidad que dicha entidad afirma haber realizado por medio de diferentes consignaciones.

Por otra parte, y en relación con la liquidación efectuada por parte del A Quo, lo primero que se hace necesario mencionar es conforme a la sentencia T-364 de 2016, antes referida cuando entre una incapacidad y otra no pasa más de un mes, es dable entender que se está frente a una prórroga; circunstancia que acaeció en el asunto, pues como puede verse las incapacidades de Karina Morón Morón fueron del 17 al 23 de mayo, del 15 al 19 y del 24 al 28 de junio de 2017.

Igualmente, observa la sala que el A Quo liquidó la primera incapacidad desde el 17 de mayo de 2017, y no desde el 14 de mayo de 2017, como señala en su impugnación; en todo caso, efectuadas las operaciones de rigor con el I.B.C. señalado por el

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01365 -01
Demandante: **AGUAS DEL MAGDALENA S.A. E.S.P.**
Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

A Quo- dado que no fue objeto de impugnación-, tenemos que por concepto de incapacidades se debió pagar las siguientes sumas:

RADICADO	FECHA INICIO	DÍAS DE INCAPACIDAD	I.B.C.	VALOR INCAPACIDAD
5394913	17/05/2017	7 (5)	\$3'608.000	\$400.909
5487224	15/06/2017	5	\$3'608.000	\$400.909
5517838	24/06/2017	5	\$3'608.000	\$400.909

Los valores por incapacidad, \$400.909, son iguales a los que dispuso el A Quo, por lo que se considera acertado su reconocimiento.

Por lo brevemente expuesto se confirmará la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

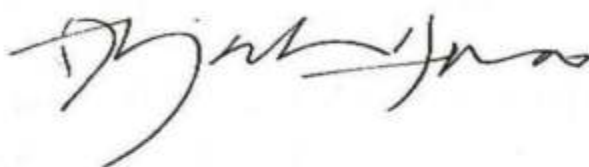
Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2021-01365 -01

Demandante: **AGUAS DEL MAGDALENA S.A. E.S.P.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MICHAEL SÁNCHEZ RODRÍGUEZ** promoviese contra **TECNICONTROL S.A.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de septiembre de 2010 y el 18 de enero de 2018; y que el salario devengado fue la suma de \$2'400.000. Como consecuencia de lo anterior, reajustar el valor que se debió pagar por concepto

Demandante: **MICHAEL SÁNCHEZ RODRÍGUEZ.**

Demandado: **TECNICONTROL S.A.**

de horas (sic), viáticos permanentes, vacaciones, prima de servicios, cesantías, e intereses a las cesantías; horas extras, dominicales y festivos dejados de pagar; indemnización por despido sin justa causa; salarios de días laborados y viáticos laborados en el exterior; e indemnización moratoria.

1.2. HECHOS.

Como fundamento de sus pretensiones narró que: **1)** Laboró para la demandada del 16 de septiembre de 2010 al 18 de enero de 2018; **2)** El salario que realmente devengaba era la suma de \$2'400.000; **3)** El 02 de julio de 2011 fue ascendido al cargo de Operador Saut Nivel II, cargo en el que tuvo mayores responsabilidades, pero le fueron disminuidas sus condiciones salariales, pues le estaban pagando la suma de \$1'983.000; **4)** A partir de agosto de 2016 se dejaron de pagar horas extras; **5)** Existía un reconocimiento económico consistente en 12 horas por día laborado en campo; **6)** Las labores pactadas en Caño Limón son de 15 horas diarias; **7)** Se suministraron viáticos permanentes que no fueron tenidos en cuenta en la base salarial; **8)** Laboró dominicales y festivos que no fueron pagados por la demandada; **9)** La relación laboral finiquitó sin justa causa; **10)** En desarrollo de sus funciones fue trasladado a México y Bolivia, tiempo en el que no le fueron reconocidas horas extras ni viáticos permanentes; **11)** En el proyecto Caño Limón Coveñas debía tener una disponibilidad de 24 horas, no obstante, no le fueron pagadas horas extras, recargos nocturnos, dominicales, y festivos; **y 12)** Su labor consistía en inspeccionar y evaluar tuberías y tanques de proyectos de hidrocarburos.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

TECNICONTROL S.A., (fls.138 a 158), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las

excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, pago, y buena fe.

Expuso que con el demandante se celebraron dos contratos de trabajo, en el primero, desempeñó el cargo de Inspector Saut Nivel I, y en el segundo, Inspector Saut Nivel II A; que la diferencia entre un cargo y otro, es la experiencia, el entrenamiento, y que el Inspector Saut Nivel II A tiene más responsabilidades al estar en proyectos de mayor envergadura; que el primer contrato fue de obra o labor y sujeto al proyecto Pacific Rubiales, y el segundo, inició siendo a término fijo y mutó a término indefinido; y que el primer contrato tenía una remuneración de \$2'400.000, y el segundo, \$1'071.200 más una bonificación salarial de \$1'845.000.

Explicó que el actor tuvo un salario variable en el último año de prestación de servicios, por lo que su base salarial para liquidar unas prestaciones fue de \$3'387.325, y otras, \$2'995.856; que las modificaciones que se realizaron al contrato de trabajo fueron de mutuo acuerdo; que el accionante ostentaba un cargo de dirección, manejo y confianza, por lo que, no debía gozar de horas extras; que al actor no se le pagaron viáticos, y si bien se efectuaban reembolsos por gastos, estos nunca fueron solicitados por él, los que por demás no tenían como fin enriquecerlo ni se pagaban como contraprestación en el servicio; y que si bien el demandante prestaba sus servicios en días dominicales y festivos, estos eran debidamente compensados de conformidad con lo que establece la ley, al prestarse su servicio en campos petroleros.

Aceptó que existía un reconocimiento económico por la prestación de servicios en campo correspondiente a 12 horas diarias por día laborado; en el proyecto Caño Limón Coveñas, el demandante debía tener disponibilidad de 24 horas, y que no pagó horas extras diurnas ni nocturnas; y que la labor del actor

era inspeccionar y evaluar tuberías y tanques de proyectos de hidrocarburos.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 10 de febrero de 2021, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

Para fundamentar su decisión el A Quo valoró el acervo probatorio recaudado, concluyendo, luego de descartar la tacha por sospecha que los testimonios de Mauricio Alfonso Forero Chicaguy y Nubia Esther Daza Heredia, eran espontáneos, coincidentes, claros, precisos, e imparciales; que entre las partes existieron dos contratos de trabajo, el primero, para que el demandante desempeñara el cargo de Inspector Saut Nivel I, devengando \$2'400.000 01, que se extendió entre el 16 de septiembre de 2010 y el 01 de julio de 2011, y que terminó al ejecutarse el 20% de la obra como se pactó expresamente por las partes y fue aceptado en interrogatorio de parte; y que el segundo contrato celebrado entre las partes fue un contrato a término fijo para que el actor desempeñara el cargo de Saut Nivel II A, que mutó a contrato a término indefinido por acuerdo celebrado entre las partes, que subsistió entre el 02 de julio de 2011 y el 18 de enero de 2018, y que finalizó de forma unilateral y sin justa causa por el empleador.

Indicó que no hay lugar a reajustar el salario devengado por el accionante, como quiera que está demostrado que el trabajador devengaba más de \$2'400.000, ya que percibió en el primer contrato de trabajo, \$1'071.200 más una bonificación salarial de \$1'845.000; que el segundo contrato fue modificado a partir del 01 de marzo de 2015 en la suma de \$1'983.000, por cuanto el actor fue nombrado como Ingeniero En Ensayos No Destructivos; y que lo que sanciona la ley es la disminución del salario sin el

consentimiento del trabajador conforme jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Adujo que es salario todo lo que percibe el trabajador como contraprestación del servicio; que si bien se alegó que el accionante desempeñaba una labor de dirección, confianza y manejo, las funciones propias de este tipo de cargos no están demostradas, ya que, el actor no laboraba tenía facultades de representación, subordinación, y autonomía, pues le debían hacer el respectivo acompañamiento de las funciones que realizaba y debía efectuar informes y reportes; y que pese a lo anterior, en lo referente a las horas extras de agosto de 2016 a octubre de 2017, no es dable imponer condena, puesto que no se pueden colegir con certeza los periodos que laboró el accionante de manera extraordinario, dado que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia la prueba sobre el tópico debe ser precisa y clara sin que resulte viable hacer cálculos o suposiciones para deducirlas, parámetro que no se acreditó.

Expresó que los viáticos tienen incidencia salarial cuando son permanentes o habituales, obedecen a órdenes del empleador, y estén relacionados con las funciones propias del cargo; que del acervo probatorio es posible determinar que los trabajadores que asumían gastos de alimentación y transporte lo hacían de su propio peculio, debiendo presentar las correspondientes facturas para que los gastos fueran reembolsados; que por lo anterior, no es dable establecer que los viáticos devengados por el trabajador eran permanentes; y que en relación con la alimentación, hidratación y hospedaje, no se evidencia que fueran viáticos sino gastos; no obstante, se debía demostrar los valores de los mismos, carga probatoria de la parte actora.

Explicó respecto a los salarios que se causaron cuando el demandante se encontraba en el exterior que se demostró su pago con excepción del periodo de agosto de 2011, el que en todo caso

se encuentra prescrito al no ser reclamado dentro de los tres años siguientes a la terminación del contrato de trabajo; que durante el lapso que se permaneció en el extranjero tampoco se demostró la labor en jornadas extraordinarias para reconocer horas extras; y que los gastos de alojamiento, alimentación, transporte, no fueron acreditados, y si bien se demostró el gasto de alojamiento por valor \$939,28 pesos mexicanos, lo cierto es que dicho valor fue cubierto por el empleador según se informó en interrogatorio de parte.

Finalmente, determinó que al no acreditarse ningún concepto adicional de salario no hay lugar a reajustar prestaciones sociales, vacaciones, ni imponer sanciones moratorias.

IV. APELACIÓN

PARTE ACTORA.

Señaló que no entiende cómo se desvirtúan los derechos laborales de los empleados, pues se especificó día a día y hora a hora los tiempos extras, dominicales y festivos que se trabajaron; que se debe analizar la totalidad del caudal probatorio, los indicios junto con las declaraciones; y que desconocer que no hubo nada, como los viáticos, es una cuestión inadmisibile e inaceptable.

ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación, posteriormente se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar¹, el que fue utilizado por los apoderados de éstas para ratificar su posición.

¹ Decreto 806 de 2020

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación a los cuales debe atenderse la Sala, se encuentra que **los problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si se encuentra acreditado que el demandante laboró horas extras, dominicales y festivos; y si los viáticos constituyen salario.

HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS.

Las horas extras y los recargos dominicales y festivos, son conceptos que están sujetos la jornada laboral ordinaria del trabajador que se haya acordado entre la partes.

El artículo 161 del C.S.T. modificado por el artículo 20 de Ley 50 de 1990, y parcialmente modificado por la Ley 789 de 2002 y la Ley 1098 de 2006- normativa vigente para la época de los hechos-, señalaba:

"ARTÍCULO 161. <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las siguientes excepciones:

(...) d) <Literal adicionado por el artículo 51 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> El empleador y el trabajador podrán acordar que la jornada semanal de cuarenta y ocho (48) horas se realice mediante jornadas diarias flexibles de trabajo, distribuidas en máximo seis días a la semana con un día de descanso obligatorio, que podrá coincidir con el domingo. En este, el número de horas de trabajo diario podrá repartirse de manera variable durante la respectiva semana y podrá ser de mínimo cuatro (4) horas continuas y hasta diez (10) horas diarias

Demandante: **MICHAEL SÁNCHEZ RODRÍGUEZ.**

Demandado: **TECNICONTROL S.A.**

sin lugar a ningún recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales dentro de la jornada ordinaria de 6 a.m. a 10 p.m.

PARAGRAFO. El empleador no podrá aún con el consentimiento del trabajador, contratarlo para la ejecución de dos turnos en el mismo día, salvo en labores de supervisión, dirección, confianza o manejo”.

Así mismo, el literal d) de la norma en cita fue modificado por el artículo 2° de la Ley 1846 de 2017, determinándose:

“d) <Ver Notas del Editor> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 1846 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> El empleador y el trabajador podrán acordar que la jornada semanal de cuarenta y ocho (48) horas se realice mediante jornadas diarias flexibles de trabajo, distribuidas en máximo seis días a la semana con un día de descanso obligatorio, que podrá coincidir con el domingo. Así, el número de horas de trabajo diario podrá repartirse de manera variable durante la respectiva semana teniendo como mínimo cuatro (4) horas continuas y como máximo hasta diez (10) horas diarias sin lugar a ningún recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales dentro de la Jornada Ordinaria de 6. a.m. a 9 p.m”. (Negrillas por la Sala).

Por su parte, el artículo 162 del C.S.T. establece:

“ARTICULO 162. EXCEPCIONES EN DETERMINADAS ACTIVIDADES.

1. Quedan excluidos de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores:
 - a). Los que desempeñan cargos de dirección, de confianza o de manejo; (...)”

Finalmente, los artículos 165 y 166 ejusdem, señalan:

ARTICULO 165. TRABAJO POR TURNOS. Cuando la naturaleza de la labor no exija actividad continuada y se lleve a cabo por turnos de trabajadores, la duración de la jornada puede ampliarse en más de ocho (8) horas, o en más de cuarenta y ocho (48)* semanales, siempre que el promedio de las horas de trabajo calculado para un periodo que no exceda de tres (3) semanas, no pase de ocho (8) horas diarias ni de cuarenta y ocho (48) a la semana. Esta ampliación no constituye trabajo suplementario o de horas extras”.

"ARTICULO 166. TRABAJO SIN SOLUCION DE CONTINUIDAD. <Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 13 de 1967. El nuevo texto es el siguiente:> También puede elevarse el límite máximo de horas de trabajo establecido en el artículo 161, en aquellas labores que por razón de su misma naturaleza necesiten ser atendidas sin solución de continuidad, por turnos sucesivos de trabajadores, pero en tales casos las horas de trabajo no pueden exceder de cincuenta y seis (56) por semana".

En todo caso, y de conformidad con el criterio inveterado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y en decisiones por ejemplo como las del 15 de julio de 2008, Rad. 31637 y SL3009-2017, las horas extras, dominicales y festivos laborados han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. Sobre el tópico, dijo la H. Corte:

"No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén".

DEL SALARIO O REMUNERACIÓN.

El artículo 127 del C.S.T. establece que, *"constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones"*.

En igual sentido, es criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., por lo que para definir los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como **contraprestación directa del servicio**, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes, sentencias del 10 de julio de 2006, Rad. 27325, 03 de julio de 2013, Rad. 40509, 09 de julio de 2014, Rad. 43696, 02 de agosto de 2017, Rad. 44416, SL-865-2019, y SL4866-2020, entre otras; en la última sentencia citada se dijo:

“En sentencia CSJ SL403-2013, sobre este tipo de acuerdos, la Sala explicó:

«Al margen de que el cargo fue enfocado por la vía indirecta, no está demás reiterar en esta oportunidad, la posición que, de vieja data, viene sosteniendo la jurisprudencia laboral frente a la definición de salario conforme a los artículos 127 y 128 del CST. Conviene traerla a colación en razón a que todavía persisten, por parte de algunos empleadores, prácticas laborales consistentes en que, so pretexto de la facultad otorgada por el citado artículo 128 modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990, celebran pactos salariales con los trabajadores con el propósito de restarle el carácter salarial a pagos que por esencia lo son, no obstante que son ineficaces, como sucedió en el sublite.»

Y más recientemente, en sentencia CSJ SL1798-2018, sostuvo:

«[E]s necesario subrayar que la facultad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no permite despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475, 13 jun. 2012).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas

(...) De manera que si emerge la duda sobre los pagos que hacen parte del pacto de exclusión salarial, como se explicó en la sentencia CSJ SL1798-2018, tal situación se resuelve en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos, el estipendio económico es retributivo del servicio, y por lo tanto, con incidencia prestacional”.

En relación con los **viáticos** el artículo 130 del C.S.T establece que los permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento. Asimismo, que los accidentales no constituyen salario, esto es, aquéllos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente.

En igual sentido, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como las del 22 de febrero de 2017, Rad. 46224, y SL3828-2021, señala que de la literalidad del artículo 130 del C.S.T, deviene que fue voluntad del legislador distinguir entre viáticos permanentes y accidentales, de manera que, para que el Juez pueda evaluar tales aspectos, debe verificar la labor o actividad que el servidor despliega en beneficio de su empleador y la periodicidad, habitualidad o frecuencia de los desplazamientos. En la última sentencia referida se dijo:

“Planteado así el asunto, la Sala recuerda que el artículo 130 del CST previó que los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar manutención y alojamiento al trabajador, excluyendo expresamente, como factor salarial, todos los accidentales y aquellos permanentes que solo tengan por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.

Pese a lo anterior, el legislador no estableció un criterio para determinar cuándo los viáticos son permanentes, contrario a lo que sucede con los accidentales, que en el ordinal tercero del mencionado artículo 130, los definió como «[...] *aquéllos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente*», de ahí que ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de fijar las pautas para definir cuándo este concepto ha de considerarse permanente, que básicamente se refieren a: i) la naturaleza de la labor desempeñada por el trabajador, que exija un requerimiento laboral ordinario, habitual o frecuente de desplazamiento fuera de la sede de trabajo, en contraposición al extraordinario, no habitual o poco frecuente, que emplea la norma para los accidentales, y ii) la periodicidad regular y la cantidad apreciable de tales desplazamientos (CSJ SL, 30 sep. 2008, rad. 33156).

Incluso la jurisprudencia ha sido uniforme en explicar que el carácter permanente de los viáticos, de que trata la norma, no solo se deriva de la periodicidad de los desplazamientos, la cual debe ser regular y *«en número importante»*, sino también de la naturaleza de la actividad ejecutada por el trabajador por fuera de su sede de trabajo, la cual debe enmarcarse en el ámbito de su contrato de trabajo y del desempeño de la labor subordinada”.

V. DEL CASO EN CONCRETO.

No son motivo de controversia los siguientes hechos:

- i) Michael Sánchez Rodríguez fue vinculado el 16 de septiembre de 2010 mediante contrato de obra o labor para que desempeñara el cargo de Inspector Nivel I Saut con una remuneración de \$2'400.000; se estableció que la duración de su obra sería el 20% de las actividades del contrato N° 5500000149 suscrito entre TECNICONTROL S.A. y Pacific Rubiales Energy (fls. 159 a 161).
- ii) El 30 de junio de 2011 fue terminado el contrato de obra o labor del actor, a partir del 01 de julio de 2011, por cuanto su obra finalizaría tal día (fl.161).
- iii) El 01 de julio de 2011 se efectuó liquidación final de prestaciones sociales (fl.163).
- iv) El 02 de julio de 2011 la empresa demandada nuevamente vinculó al actor mediante contrato a término fijo, empero, en el cargo de Operador Saut Nivel II – el que era de dirección, manejo, y confianza- con una remuneración de \$1'071.200. Igualmente, mediante cláusulas adicionales se dispuso que le sería reconocida una prima extralegal de servicios (que dependería de los resultados en la operación de la empresa), y un auxilio extralegal de transporte y localización (\$1'760.000); y conforme otro si se reconoció que se pagaría al accionante una bonificación mensual de carácter salarial equivalente a \$1'845.000 (fls. 165 a 170).
- v) El actor incurrió en gastos de habitación, alojamiento y transporte mientras prestó sus servicios en Bolivia

entre el 03 de julio y el 05 de agosto de 2011 (fls. 67 y 72 a 74).

- vi) El 21 de noviembre de 2011 se prorrogó el contrato de trabajo a término fijo del actor hasta el 01 de julio de 2012 (fl.171).
- vii) El 04 de mayo de 2012 se estableció que el salario mensual sería de \$1'133.000, pero se determinó que el auxilio extralegal de transporte y localización sería de \$116.000 (fl.172).
- viii) El 18 de mayo de 2012 se prorrogó el contrato de trabajo hasta el 01 de enero de 2013 (fl.173).
- ix) El 30 de agosto de 2012 se determinó que la prima compensatoria tendría un valor de \$1'567.000, y el Auxilio Extralegal de Transporte y Localización \$1'600.000 (fls.174 y 175).
- x) El actor prestó legalización de los gastos que asumió en Rubiales del 08 al 11 de julio de 2014 (fl. 71).
- xi) Mediante otro sí del 01 de marzo de 2015 se determinó que el actor, a partir del 01 de abril del mismo año, desempeñaría el cargo de Ingeniero En Ensayos No Destructivos, que su salario sería de \$1'983.000, que su prima compensatoria salarial equivaldría a \$2'097.000, y que se le reconocería un Auxilio de Transporte y Localización de \$2'720.000 (fls. 176 y 177).
- xii) En 12 de marzo de 2015 el demandante incurrió en gasto de renta de habitación en México por la prestación de servicios a favor de la demandada (fl.66).
- xiii) El 31 de mayo de 2016 se determinó que el accionante dejaría de devengar la Prima Compensatoria Salarial, ya que dejaría de estar en el proyecto Techint México (fl.178).
- xiv) El 18 de enero de 2018 se terminó el contrato del accionante de forma unilateral y sin justa causa; liquidándose las correspondientes prestaciones sociales (fls.179 a 182).

Dentro de la etapa probatoria se recaudó la testimonial de **David Francisco Plata Duran, Gustavo Alonso Navarrete Gómez, Mauricio Alfonso Forero Chicaguy, y Nubia Esther Daza Heredia**, declaraciones de las que se extracta lo siguiente:

David Francisco Plata Duran, adujo que conoció al actor en TECNICONTROL S.A., en donde laboró de octubre de 2013 a octubre 2017; que en el último año fue jefe inmediato del actor y era quien le impartía órdenes sobre el servicio que debía cubrir; que había varios servicios dependiendo del cliente, siendo la disponibilidad en Caño Limón Coveñas de total, se debía estar completamente disponible 24 horas porque se estaba en una emergencia y estos servicios no admiten horarios de trabajo; que en los otros servicios se tenía una jornada laboral normal; que no sabe si por la labor Caño Limón Coveñas se reconocieron dominicales y festivos; que si daba la orden de que se trabajara un domingo, se debía cubrir el servicio, y se tenía que trabajar lo que estaba dispuesto al cliente; que reportaba los domingos y festivos en un cuadro de control que llevaba de los inspectores, pero no sabe si TECNICONTROL S.A. los remuneraba; que los trabajadores no tenían acceso a ese cuadro, pero que enviaban un correo reportando las horas extras y los dominicales; que TECNICONTROL S.A. tenía un fondo fijo, con lo que reconocían lo de hotel, comida y transporte; que bajaron las condiciones salariales, porque antes se daba un monto mayor para hoteles, alimentación y refrigeración; que no sabe si al demandante le pagaron dominicales o festivos; que el demandante remitía un informe, y que él le generaba otro al cliente; que esporádicamente no se trabajaba los domingos; que en un comienzo pasaban recibos de hotel y comida, y posteriormente, la legalización de esas; que había un tarifario en el que se establecía los valores para hotel, comida y refrigerio; y que con el tiempo se añadió a la cuenta un valor fijo para sacar de ahí, pero igualmente tocaba legalizar dichos valores.

Gustavo Alonso Navarrete Gómez manifestó que conoció al actor desde el año 2010 en el contrato de TECNICONTROL S.A. con Pacific Rubiales; que fue jefe del actor hasta 2011, puesto que era coordinador y el actor Inspector Nivel I; que al demandante lo sacaron del proyecto Pacific Rubiales porque lo requerían en otro proyecto, pero no porque se alcanzó la terminación del 20% de la obra; que era el jefe inmediato del demandante en Pacific Rubiales; que el actor tenía que reportar todo lo que hacía, y no podía tomar decisiones porque no estaba dentro de sus funciones; que en Rubiales se trabajaba de domingo a domingo, y el horario era 7:00 A.M. a 9:00 A.M. o 10:00 P.M.; que en ese contrato no se estaban pagando dominicales ni festivos; que Pacific Rubiales en interventoría le puso una no conformidad a TECNICONTROL S.A. por el no pago de esas horas causadas; que a partir de ahí TECNICONTROL S.A. empezó a pagar los domingos y los festivos; que a cada inspector que salía a hacer un servicio, la empresa le consignaba el rubro para alimentación y vivienda, inclusive hay unas tablas que manejaba TECNICONTROL S.A. de vivienda, era "tal monto" y dependiendo de la ciudad a que se fuera a prestar el servicio había unas tablas del valor del hotel; que había un rubro máximo de alimentación, y de ahí no se podían pasar, así como con los hoteles habían unas tablas y dependiendo de la ciudad tocaba ajustarse a esta; que los viáticos eran de manera permanente; que en el 2015 el demandante estuvo a su cargo; que en Caño Limón Coveñas es "algo extremo" prestar un servicio, y que allá eran 12 horas, pero que empezaron a bajar a nueve, y a lo último, siete; que el Saut Nivel I era quien estaba empezando a hacer carrera dentro de la empresa, y el Nivel 2 era quien ya tenía la experiencia, era el encargado de dar los veredictos, de aprobar los procedimientos; que había un procedimiento para los viáticos de alimentación y alojamiento con la legalización o presentación de las facturas, la que debía ir con el N.I.T. y la fecha sin enmendaduras; que TECNICONTROL S.A. no tenía como salario los viáticos, pero eran permanentes; que el Proyect Trager era una plataforma en la que cada inspector reportaba las actividades que hacía a diario y las

horas que conllevaba a su actividad durante el día; que ahí se hacía seguimiento de las horas realizadas por el demandante, pero que la plataforma no dejaba ingresar más de 8 horas fue jefe del demandante entre el 2010 - 2011 en el proyecto Rubiales, después volvió otra vez al proyecto de Rubiales, y que manejó los proyectos fuera del país como México y Ecuador donde el demandante estuvo trabajando; que en 2013 fue cuando el actor regresó a Rubiales; que en Rubiales se trabajaba un turno de 21x9 y después se cambió a 14x7; que era él quien recibía la información que el actor presentaba para verificar si estaba bien o había un error durante el proyecto, pero que era él quien le daba el conducto final; que el gasto por alimentos u hoteles se debía justificar, el demandante no podía quedarse con el dinero, puesto que TECNICONTROL S.A. le giraba a la cuenta de los inspectores el monto y ahí ellos tomaban para los viáticos; y que esa plata no era de los trabajadores, era consignada a la cuenta de cada uno y allá la manejaban para que se utilizaran en viáticos.

Mauricio Alfonso Forero Chicaguy expresó que es Gerente de Operaciones del Área de Gestión Activos desde 2014; que el demandante se desempeñaba como Inspector Saut; que el actor fue primero Saut Nivel I y posteriormente, Nivel II, según lo que pudo observar en los documentos de contratación de él; que el término Saut hace referencia a ultrasonido semiautomático, y la diferenciación entre cada nivel, se deriva de la formación, experiencia y capacidad que debe tener el Nivel II, además éste tiene la autoridad para firmar reportes de inspección; que la modalidad que opera frente a funcionarios de campo, es que la organización asume los gastos del alojamiento y movilizaciones, de modo que pone a disposición de cada funcionario un monto y este permanece en *stand by* hasta cuando sea requerido por necesidad o por demanda; que una vez el funcionario hace uso de este monto bien sea para alojamiento, alimentación o hidratación, el funcionario tiene la obligación de presentar las facturas correspondientes, y hacer la legalización de los gastos,

con lo que se reembolsa el dinero consignado inicialmente al funcionario para que tenga disponibilidad de este; que ese fondo se denomina fijo, es propiedad de la organización y únicamente se tiene que utilizar para los fines pertinentes relacionados con la operación; que en caso que un funcionario deje de permanecer en la organización tiene la obligación de hacer la devolución de estos recursos a la compañía; que el demandante perteneció a varios proyectos y cada uno de estos tiene particularidades, según las cuales ellos hacen algunos reajustes en la remuneración de los funcionarios; que estos reajustes son consensuados y acordados entre la compañía y el funcionario, y queda registrado en un otro sí; que el actor laboraba en una jornada ordinaria; que el actor en su primera labor estuvo en campo Rubiales, la que era una operación por turnos; que a partir del segundo contrato, el demandante entra a operar como funcionario del staff de la organización, y ostenta dentro de sus funciones la responsabilidad de atender por la demanda que tienen; que la legalización de gastos únicamente se da por demanda, no es algo permanente, y se legalizan cuando surge alguna necesidad de hospedaje o alimentación; que este fondo no sólo opera en campo, en realidad la naturaleza de esto es que tengan flexibilidad operativa, es decir, que cuando un funcionario tenga que ir a un lugar, tenga cierto nivel de autonomía, el margen para sufragar sus gastos con recursos de la organización; que de acuerdo con el manejo operativo, el funcionario puede hacer uso de esos servicios según requiera y tenga autorización de su jefe, de modo que, una vez el funcionario regresa a la ciudad presenta la factura; que para el trabajo del actor se requiere un nivel de especialización alto; que en este trabajo se puede trabajar tiempo extra, o domingos, pero es eventual; que el demandante administrativamente tenía que hacer algún tipo de reporte a su jefe inmediato, sin embargo, en lo concerniente a su autonomía técnica, él no tenía que solicitar permiso a ninguno de sus superiores para emitir un concepto técnico asociado con la actividad que él estaba ejecutando; y que en su entendimiento debe existir algún tipo de aprobación para

efectuar actividades por fuera del marco estándar de operación u horario de trabajo.

Finalmente, **Nubia Esther Daza Heredia** manifestó que trabaja con el grupo Bureau Veritas desde el 2009 como Jefe de Recursos Humanos; que el demandante tuvo tres contratos, 2010, de obra labor, 2011, término fijo, 2018; que en el segundo contrato hubo una terminación sin justa causa; que al demandante se le liquidó de acuerdo con el salario más el promedio de lo que tuviese como salario variable, incluyendo recargos nocturnos, dominicales, si los tenía; que en el segundo contrato hubo varios otros si de mutuo acuerdo para hacer modificaciones de variaciones al salario; que en algunos se pactaron pagos de salarios y no constitutivos de salario; que el demandante no hizo ninguna objeción respecto a los otros sí; que en recursos humanos no se manejaba el tema de legalización de gastos, pero que para ello se deben presentar las facturas de los hoteles, alimentación, transporte y demás, hacer una relación, la que aprueba el jefe del proyecto y esta se pasa a contabilidad; que cree que al actor en algunos momentos que se le cancelaron dominicales; que sólo trabajó en las oficinas principales, no en campo; y que sobre los reportes que hacían desde el proyecto era lo que se pagaba, inclusive horas extras.

Pues bien, sea lo primero advertir que la A Quo determinó en su sentencia que existieron dos contratos de trabajo, el primero del 16 de septiembre de 2010 al 01 de julio de 2011, y el segundo, del 02 de julio de 2012 al 18 de enero de 2018, sin que se hubiere presentado inconformidad al respecto.

En lo referente a las horas extras, dominicales, y festivos, de conformidad con el anterior acervo probatorio narrado, considera la Sala que si bien es dable determinar que el accionante el 02 de julio de 2011 fue contratado para desempeñar el cargo de Operador Saut Nivel II, y que en realidad en este cargo el actor no ejecutaba actos de dirección, manejo y confianza, lo

cierto es que no es dable acceder al reconocimiento de horas extras, dominicales y festivos, ya que no está acreditado en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en las sentencias antes aludidas (Rad. 31637 y SL3009-2017), con claridad y precisión en qué momento se laboraron.

En efecto, en sentencia SL1061-2021, estableció que para ostentar un cargo de dirección, manejo y confianza, el trabajador debe un grado de compromiso, confianza y vinculación con los intereses del empleador y el manejo de la empresa, características de las que carece el accionante, puesto que, como quedó visto de la prueba testimonial, el actor tuvo como jefes inmediatos a **David Francisco Plata Duran y Gustavo Alonso Navarrete Gómez** en diferentes momentos de su relación laboral, y que a ellos debía rendirles cuentas de sus correspondientes operaciones sin que pudiera comprometer por su cuenta los intereses de la empresa. Sobre el tópico en estudio, en la sentencia referida se determinó:

“Parte la Sala de una premisa ya decantada por el precedente de la Corporación y es que la sola denominación del empleo del trabajador de dirección confianza y manejo, no determina dicha naturaleza (CSJ SL 40016-2012).

Ha sido clara la jurisprudencia de la Corporación en señalar que la calidad de trabajador de dirección manejo y confianza no se adquiere por su sola estipulación, pues depende de si las funciones asignadas al trabajador se adecuan a tal concepto, vale decir, que el único factor determinante radica en la realidad del cargo, en el contenido del mismo. Es así como las cláusulas que se pacten en tal sentido son en sí mismas, superfluas e inútiles y, por ende, ineficaces por su propia naturaleza. El trabajador de dirección confianza y manejo no es una condición que se adquiere en virtud de una cláusula, sino en razón de la índole de sus funciones (CSJ SCL 14 de marzo de 1989, Rad.2.189).

Así mismo se ha precisado por parte del precedente que los cargos de dirección confianza y manejo no solo exigen características como honradez, rectitud y lealtad, sino que, además, comprometen de manera importante los intereses económicos de la empresa (CSJ SCL Rad. 24428-2006).

Ahora bien, en tratándose de cargos que exigen un especial compromiso del trabajador y que imponen reserva, prudencia, y precaución en efecto, indican un personal compromiso por parte

del trabajador, no obstante, ha dicho la Corte en otras oportunidades, que no necesariamente son características indicativas de que se trate de un trabajador de dirección confianza o manejo, pues ello tiene más relación con las condiciones en que se desempeña la labor, por el especial grado de compromiso, confianza y vinculación con los intereses del empleador y el manejo de la empresa (CSJ SL38783-2011)".

Sin embargo, nótese cómo los mismos testigos aludidos señalaron que en el proyecto Caño Limón Coveñas se debía tener una disponibilidad de 24 horas, lo que es diferente a que se laborara la totalidad del día; que en dicho proyecto la prestación de ese servicio se celebró sobre una tarifa especial por tener la calidad de emergencias, pagándose inicialmente 12 horas; que en los demás proyectos la jornada laboral era normal; que se laboraban algunos domingos; que se manejaban cuadros de control de períodos laborados domingos y festivos, no obstante, estos no se allegaron para verificar si lo reportado coincidía con lo pagado; que los trabajadores enviaban un correo reportando las horas extras y los dominicales, empero, tampoco se allegaron; que si bien en interventoría de Pacific Rubiales de 2013 se plasmó una no conformidad a TECNICONTROL S.A. por el no pago de horas extras causadas, a partir de ahí se empezó a pagar los domingos y los festivos.

Por tanto, no es dable tener fehacientemente acreditadas las horas extras, domingos y festivos pretendidos, pese al esfuerzo realizado en la demanda para identificar el tiempo en que presuntamente se laboraron, pues se carece de certeza de los momentos concretos en que se prestó el servicio por fuera de la jornada ordinaria laboral, máxime si se tiene en cuenta que por la particularidad del cargo desempeñado y los trabajos en campo, la jornada podía efectuarse por turnos o sin solución de continuidad en los términos de los artículos 165 y 166 del C.S.T.

Por otra parte, y en relación con los **viáticos** como salario, como se expuso en precedencia el criterio desarrollado por el órgano de cierre de esta jurisdicción (Rad. 46224, y SL3828-2021), es que resulta necesario que se encuentre acreditado en

el proceso, que la labor o actividad que el servidor desplegó fue en beneficio de su empleador, así como la periodicidad, habitualidad o frecuencia de los desplazamientos.

Frente al punto de apelación concreto, se tiene que en los hechos de la demanda se especifican los pagos que se reconocieron por concepto de alimentación, hidratación, hospedaje y lavandería, observándose que según el dicho del actor desde diciembre de 2014 fueron de carácter habitual; sin embargo, el proceso carece de pruebas documentales para tener por acreditadas dichos hechos y lo único acreditado son gastos en fechas lejanas, tales como gastos en Bolivia entre el 03 de julio y el 05 de agosto de 2011 (fls.67 y 72 a 74), gastos en Rubiales del 08 al 11 de julio de 2014 (fl.71), y hospedaje en México en marzo de 2015 (fl.66), lo que resulta insuficiente para determinar la habitualidad de los mismos.

En igual sentido, los testigos **Mauricio Alfonso Forero Chicaguy y Nubia Esther Daza Heredia**, declarantes que fueron valorados conforme las reglas de la libre formación del convencimiento y la sana crítica, expusieron que la modalidad que opera frente a funcionarios de campo, es que la organización asume los gastos de alojamiento y movilizaciones, dejando a disposición del trabajador un fondo fijo, respecto del que se tiene la obligación de presentar las facturas correspondientes y hacer su legalización para lograr su reembolso; que el demandante perteneció a varios proyectos y cada uno de estos tiene particularidades; que estos reajustes son consensuados y acordados entre la compañía y el funcionario; que la legalización de gastos únicamente se da por demanda, no es permanente; y que el funcionario puede hacer uso de esos servicios según requiera y tenga autorización de su jefe.

En tanto, los testigos **David Francisco Plata Duran y Gustavo Alonso Navarrete Gómez** fueron contestes con los anteriores declarantes, en que los viáticos se causan como

Demandante: **MICHAEL SÁNCHEZ RODRÍGUEZ.**

Demandado: **TECNICONTROL S.A.**

consecuencia de la labor o actividad del accionante, y que se podía solicitar su reembolso a través del trámite de legalización correspondiente.

Por tanto, para la Sala no está suficientemente acreditada su habitualidad, así como tampoco obran pruebas de los gastos en que se incurrió a través de soportes, facturas o los procesos de legalización a los que aluden los testigos, por lo que, en tal entendido, no es dable reconocerlos como parte del salario.

Por lo brevemente expuesto, se confirmará la sentencia.

VII. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2018-00566 -01
Demandante: **MICHAEL SÁNCHEZ RODRÍGUEZ.**
Demandado: **TECNICONTROL S.A.**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



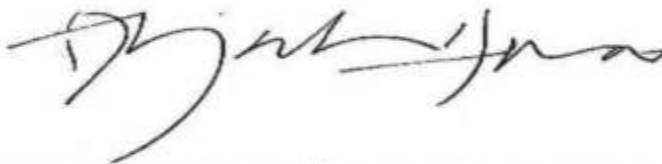
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los apoderados de las demandadas, así como estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA CLARA PINTO RESTREPO** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la "nulidad" del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de

Demandante: **MARÍA CLARA PINTO RESTREPO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita la devolución de los aportes realizados en el fondo privado; y que COLPENSIONES reciba en calidad de afiliada a la demandante.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 57 a 66), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, innominada o genérica.

Adujo que la actora se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003 para poder efectuar el traslado pensional, pues para tal época contaba con 56 años; que dicha disposición es aplicable plenamente conforme a la sentencia C-1024 de 2004, en virtud del principio de sostenibilidad financiera; que la accionante no contaba con 15 años de cotizaciones al 01 de abril de 1994 para poder retornar en cualquier tiempo al régimen de ahorro individual; que quien causa el daño es quien debe repararlo; y que el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 establece que la selección del régimen implica la aceptación propia de este para acceder a las prestaciones de vejez, invalidez y muerte.

Indicó que las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para establecer la falta al deber de información, por demás que la obligación de emitir por parte de las A.F.P. herramientas financieras o proyecciones pensionales nació con el Decreto 2071

de 2015; que al pertenecer la actora al régimen de ahorro individual por más de 22 años, es clara su intención de permanecer afiliada a este; que la demandante no hizo uso del derecho de retracto; que el error de derecho no vicia el consentimiento; y que el término máximo para solicitar la rescisión de un contrato es de diez años, por lo que, en tal sentido es dable establece que operó la excepción de prescripción.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 92 a 97), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la A.F.P.; buena fe; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; la teoría de las prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse fue puesta de presente por la Corte Suprema de Justicia; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por la falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; prescripción; y la genérica.

Indicó que todas las personas que han requerido su afiliación lo han hecho de forma libre y voluntaria; que lo anterior, quedó plasmado en el formulario de afiliación, el que cumple con los requisitos del Decreto 692 de 1994; que la actora no contaba con el régimen de transición ni acumulaba 15 años de servicios al 01 de abril de 1994 para poder retornar en cualquier tiempo; y que la demandante no hizo uso del derecho de retracto.

Manifestó que la comisión de administración es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, y para pagar el seguro previsional de la compañía, por lo que, no es procedente su devolución, máxime si se tiene en cuenta que se trata de

comisiones ya causadas, se pagaron por la buena gestión de la entidad en la producción de rendimientos financieros; y que la nulidad pronunciada en sentencia da a las partes la posibilidad de que existan restituciones mutuas, de modo que, los frutos y mejoras deben ser conservadas por la entidad de pensiones, pues de lo contrario se estaría frente a un enriquecimiento sin causa, por demás que se afectaría a terceros de buena fe, como lo son las aseguradoras.

En último término, señaló que al dejarse transcurrir más de tres años desde el acto de traslado sin que se reclamara ni se iniciara acción, operó el fenómeno de la prescripción.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 22 de febrero de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria**:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación y traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, realizada el 26 de junio de 1996 a COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a COLPENSIONES, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y que hubiese recibido producto de la afiliación de la demandante a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes de la accionante, en el régimen de prima media por prestación definida administrado por esa entidad, proceda a corregir y actualizar su historia laboral y tener entre sus afiliados al demandante, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN y los demás medios exceptivos propuestos por las convocadas a juicio, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En síntesis, refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia desde su creación le correspondía a los fondos privados acreditar que cumplieron en debida forma con el deber de información, de manera que los afiliados conocieran las consecuencias de su traslado, y si este se efectuó de manera libre y voluntaria; que la información que se debe proporcionar debe ser clara y suficiente a los posibles afiliados de los efectos de su traslado; que en cumplimiento de tal deber de información, los fondos privados debían señalar ventajas y desventajas, inclusive desanimando al afiliado de efectuar su traslado; y que el simple suministro de un formulario de afiliación es insuficiente para tener por demostrado el deber de información, pues a lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.

Indicó que recae en cabeza del fondo privado la carga de probar que se cumplió con el deber de información al momento de brindar la asesoría al momento del traslado de la actora; que no se allegó ninguna prueba documental de la que se pueda determinar que la demandada que cumplió con el deber de información para la fecha en que se efectuó el traslado de la actora, esto es, para el 26 de junio de 1996, así como tampoco del interrogatorio de parte.

Concluyó indicando que se deben devolver todos los valores que ingresaron al régimen de prima media, incluyendo cotizaciones, rendimientos, financieros y gastos de administración; que COLPENSIONES debe recibir tales valores; y que no opera la excepción de prescripción, ya que, la ineficacia de la afiliación persigue un derecho pensional, el que es de carácter imprescriptible.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES.

Indicó que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de la Ley 797 de 2003, puesto que está a menos

de 10 años para cumplir la edad pensional, norma que además establece la posibilidad de escoger libremente el régimen de pensión; que la anterior norma resulta aplicable conforme a la sentencia C-1024 de 2004, puesto que garantiza la posibilidad de pensionarse de los demás cotizantes, así como que no se descapitalice el régimen de prima media; que COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna para que la accionante efectuara su traslado de régimen pensional, por demás que quien causa el daño es quien debe repararlo, la actora al momento de su traslado al RAIS no se encontraba en ningún tipo de prohibición legal para cambiar de régimen, suscribió el formulario de afiliación de manera libre, espontánea y sin presiones, circunstancia que quedó expuesta en el formulario de afiliación; que las proyecciones pensionales no son prueba útil para demostrar un vicio del consentimiento, aunado a que el deber de brindar herramientas financieras a los afiliados nació con el Decreto 2071 de 2015; que la demandante estuvo por más de 22 años en el RAIS, y sólo cuando se percató que su pensión no sería la que esperaba decidió retornar; y que la accionante también tenía deberes como informarse del producto que estaba adquiriendo, aunado a que contaba con el derecho de retracto; y que a COLPENSIONES se le deben reconocer sus gastos de administración debidamente indexados.

PROTECCIÓN S.A.

Adujo frente a los gastos de administración que los aportes de la accionante generaron unos rendimientos, unos frutos; que estos son un descuento que se encuentra debidamente autorizados en la ley, se utilizaron para asegurar el riesgo de invalidez o muerte, siendo en tal escenario, las aseguradoras terceros de buena fe; y que si bien la ineficacia retrotrae las cosas, lo cierto es que al imponerse condena por los gastos de administración se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa, por demás que COLPENSIONES estaría recibiendo un valor de una gestión que no ha realizado y para la demandante

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-002-2019-00075 -01.

Demandante: **MARÍA CLARA PINTO RESTREPO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

también se estaría generando unos rendimientos sin haber pagado por la gestión de los mismos.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y PROTECCIÓN S.A., para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de

Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo", la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la

noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

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

Demandante: **MARÍA CLARA PINTO RESTREPO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

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

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

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido

asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

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

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)”.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 21 de junio de 1984 presenta aportes, según la historia laboral obrante a folios 22 a 26; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Cesantías y Pensiones Colmena AIG, hoy PROTECCIÓN S.A. el 26 de junio de 1996 (fl.98) y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 03 y 10 de agosto de 2018 ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., respectivamente, pero le fue negada tal posibilidad por dichas entidades (fls. 27 a 31, 35 a 39, y 43 a 45).

A folio 98 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 26 de junio de 1996 con PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna

y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que en éste se limitó a exponer que al momento de la afiliación únicamente le informaron que el I.S.S. se iba a acabar, que en caso no trasladarse estaría desprotegida, y que no recibió información de qué pasaría con su pensión en caso de muerte, así como tampoco la figura de la devolución de aportes, por lo que la información con la que contaba la accionante al momento de su traslado, a juicio de la Sala, es muy precaria, y de ella no es viable derivar una confesión, pues de esta no se logra evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la declarante ni, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

En cuanto a que la demandante debía conocer la ley o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la

exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que **CONFIRMARÁ** la declaración de la ineficacia del acto de traslado de María Clara Pinto Restrepo del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Demandante: **MARÍA CLARA PINTO RESTREPO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

Frente a la inconformidad de PROTECCIÓN S.A. respecto de la orden de devolución de devolver las cuotas de administración que ordenó efectuar la A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“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.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparea que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. 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 el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias,

útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. 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.

[...]. 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 implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

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".

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los porcentajes por concepto de rendimientos al hacer parte de la cuenta de ahorro individual de la actora, y los gastos de administración que se hubieren cobrado, pues al existir una

conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir tal rubro a cargo de su propio patrimonio.

Pese a lo anterior, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, a fin de **ADICIONAR** que los gastos de administración se deberán trasladar debidamente indexados; ello como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores, reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena, y tal como se ha venido realizando en pronunciamientos más recientes, como el contenido en la providencia SL3199-2021, reiterado en la SL4192-2021. En aquella se dispuso, en relación con la condena por los aludidos valores, lo siguiente:

“En consecuencia, habrá de adicionarse el numeral segundo del fallo del a quo, en el sentido de que Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los bonos pensionales y lo recaudado por concepto de comisiones y gastos de administración **debidamente indexados** durante todo el tiempo que la actora permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Igualmente se condenará a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, **rubros que deberá cancelar debidamente indexados**, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en

cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el

cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la pluricitada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción».*

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que se **CONDENA** a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los correspondientes

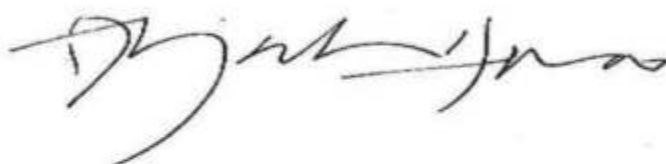
gastos de administración debidamente indexados, conforme se explicó en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro voto!

Código Único de Identificación: 110013105005201800462 01 y 02.

Demandante: **SANDRA JANETH MOYANO GARZÓN.**

Demandado: **C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. Y E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas contra el auto y la sentencia de primera instancia, proferidos por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el **14 y 20 de octubre** de 2020, respectivamente, dentro del proceso ordinario laboral que **SANDRA JANETH MOYANO GARZÓN** promoviese contra la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. y E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ.**

Código Único de Identificación: 110013105005201800462 01 y 02.

Demandante: **SANDRA JANETH MOYANO GARZÓN.**

Demandado: **C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. Y E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ.**

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda el demandante pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido con la C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S., del 01 de enero de 2010 al 30 de julio de 2016; que el salario real devengado fue la suma de \$855.000; y que el contrato de trabajo terminó sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social, indemnización por despido sin justa causa, e indemnización moratoria.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** La E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ celebró contrato con la C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. para el manejo del área asistencial y administrativa; **2)** Fue vinculada como afiliada por la C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. el 01 de enero de 2010; **3)** Desarrolló su labor de manera personal, acataba las instrucciones de la cooperativa; usaba las herramientas suministradas por el hospital; y cumplía horario de trabajo de 7:00 A.M. a 6:00 P.M. de lunes a viernes, junto con dos sábados a la semana; **4)** Nunca fue citado a asambleas de la cooperativa **5)** El 30 de julio de 2016 renunció por presión de su empleador; y **6)** El hospital es beneficiario de las labores que ejerció.

Código Único de Identificación: 110013105005201800462 01 y 02.

Demandante: **SANDRA JANETH MOYANO GARZÓN.**

Demandado: **C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. Y E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ.**

3. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. (fls. 40 a 63), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de las obligaciones que se pretenden atribuir en el proceso a cargo de la cooperativa demandada, cobro de lo no debido, mala fe de la demandante, buena fe por parte de la cooperativa demandada, pago de lo debido, prescripción, y compensación.

En su defensa indicó que la relación que existió con la demandante estuvo regida por un convenio de asociación celebrado entre las partes, en el que la accionante no percibía salario sino compensaciones; que el hospital y la cooperativa pactaron que ésta última tomaría sus decisiones con autonomía técnica, administrativa, científica y financiera; que no se remitió personal en misión, pues cada uno de los asociados de la cooperativa que prestaban sus servicios en el hospital, lo hacían bajo las instrucciones permanentes de la cooperativa; y que la demandante tuvo capacitaciones en educación solidaria con énfasis en trabajo asociado.

Por su parte, la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ** (fls. 205 a 222) también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de solidaridad entre las demandadas, cobro de lo no debido, e inexistencia de relación contractual.

Propuso como excepción previa la de **falta de jurisdicción y competencia**, señalando que las personas vinculadas a las

empresas sociales del estado tienen la categoría de empleados públicos, y sólo por excepción de trabajadores oficiales aquellos que desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales; y que la competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral sólo está referida a trabajadores oficiales.

Aceptó que celebró un convenio de cooperación con la C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. Expuso que si bien la accionante prestó servicios en el hospital, esto fue a través de un contrato de asociación que celebró con la C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S., puesto que en ningún momento celebró ningún tipo de contrato de trabajo con la demandante.

Manifestó que la cooperativa gozaba de autonomía técnica, administrativa y financiera; que no ejerció actos de subordinación sobre la demandante; y que no tiene dentro de su objeto social la operación ni administración de sedes administrativas, por lo que, las labores desarrolladas por la actora son extrañas a su objeto social, por demás que, la contratación de personal cooperado tuvo como fin evitar la parálisis médica asistencial.

4. PROVIDENCIAS PROFERIDAS POR EL AQUO

NEGATIVA A DECLARAR LA EXCEPCIÓN PREVIA DE FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

El juzgado de conocimiento mediante providencia del 17 de octubre de 2020 decidió declarar no probada, la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia, al estimar que no se está solicitando la declaración de una relación laboral con la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ, sino con la C.T.A. GRUPO LABORAL

Código Único de Identificación: 110013105005201800462 01 y 02.
Demandante: **SANDRA JANETH MOYANO GARZÓN.**
Demandado: **C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. Y E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ.**

SALUD I.P.S.; y que, con la simple afirmación de existencia de un contrato de trabajo, el juez laboral debe asumir competencia del asunto; lo anterior a aunado a que las pretensiones contra la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ están encaminadas a establecer un eventual solidaridad como beneficiario de las actividades que desarrollaba la accionante.

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 17 de septiembre de 2020, en la que declaró la existencia del contrato de trabajo **entre la actora y la C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD IPS**, desde el 01 de enero de 2010 hasta el 30 de julio de 2016, razón por la cual, previa declaratoria parcial de la excepción de prescripción de todo lo causado con anterioridad al 30 de julio de 2013 - excepto para cesantías y aportes al sistema de seguridad social en pensiones - condenó al pago de las prestaciones sociales y vacaciones indicadas en la sentencia, la reliquidación de aportes al sistema de seguridad social en pensiones con un ingreso base de cotización de \$838.063 a partir del 01 de enero de 2010 al 30 de julio de 2016, y al pago de los intereses moratorios certificados a la tasa máxima certificada por la Superbancaria sobre un capital de \$9.059.841 a partir del 01 de agosto de 2016 y hasta que se verifique el pago de las prestaciones sociales, conforme al art65 del C.S.T y condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, consideró estar acreditado que la activa prestó sus servicios como higienista oral a favor de la **C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S.**, en virtud del convenio asociativo suscrito entre las partes; advirtiendo que, pese a que las cooperativas de trabajo asociado tienen fundamento

legal, no se desvirtuó el elemento de subordinación, no se probó los cursos de cooperativismo y de emprendimiento, los beneficios otorgados a favor de los asociados (créditos de educación y vivienda por ejemplo), y las actividades a favor de los cooperados, y que dichas cooperativas no pueden ser utilizadas para disfrazar la existencia de un contrato de trabajo. En el análisis de la prueba concluyó que de lo indicado por el representante legal de la cooperativa y de los testimonios se logra extraer que casi todo el personal utilizado en el área de odontología es cooperado, obedecía órdenes, se hacían llamados de atención; y por ello no se logró desvirtuar el elemento de la subordinación.

En cuanto a salario dedujo del valor recibido por concepto de la compensación en la suma de \$838.663 y que los aportes a pensión deben reliquidarse teniendo en cuenta el salario declarado.

En cuanto a la indemnización moratoria concluyó que hay lugar a su reconocimiento, dado que el actuar del empleador se evidenció de mala fe, pues descaradamente se utilizó la figura de las cooperativas para disfrazar una relación laboral; que al no demandarse dentro de los dos años siguientes a la fecha de terminación hay lugar por concepto de sanción moratoria únicamente a intereses moratorios.

Finlamente concluyó que frente a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ hay lugar a establecer solidaridad, puesto que, la actora prestó un servicio que no es ajeno a las funciones del hospital, en las instalaciones y con las herramientas de éste.

Código Único de Identificación: 110013105005201800462 01 y 02.

Demandante: **SANDRA JANETH MOYANO GARZÓN.**

Demandado: **C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. Y E.S.E.
HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD
FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ.**

II. APELACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS.

APELACIÓN DEL AUTO QUE DENEGÓ LA EXCEPCIÓN PREVIA DE FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

El **HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ**, manifestó que si bien es cierto las pretensiones están encaminadas a la declaratoria de un contrato de trabajo con C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD S.A.S., también lo es que se solicita la solidaridad del hospital, por lo que eventualmente podría resultar responsable de las condenas que se pudieran proferir; que como las funciones que se alegan son propias del giro ordinario de los negocios del hospital, la accionante en caso de declararse el contrato de trabajo tendría la condición de empleada pública y no de trabajadora oficial; que con ocasión al fuero de atracción el proceso le correspondería el conocimiento del asunto al juez de lo contencioso administrativo; y que este tipo de procesos ha sido objeto de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El A Quo concedió el recurso en el efecto devolutivo

APELACIÓN DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La **C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S.**, manifestó que la sentencia desconoce el marco normativo de las cooperativas, porque éstas son organizaciones constituidas para satisfacer necesidades de los asociados que no tienen la finalidad de obtener ganancias; que la cooperativa logró cumplir con sus expectativas al garantizar a sus cooperados un trabajo; que si bien no se desarrollaron actividades propias de la cooperativa, por mandato legal se debía destinar un 20%, lo que dejó desprovista a la cooperativa de la capacidad de efectuar tales dinámicas; que las cooperativas deben tener toda una

organización de trabajo para poder prestar sus servicios, lo que implica tener una jerarquía y disposiciones disciplinarias; y que los documentos prueban suficientemente que existió una relación de asociación puesto que obra solicitud escrita de la demandante, en la que por demás, se dejó constancia de las capacitaciones recibidas por ésta, aunado a que se presentó un sistema integral de compensaciones para el pago, pagos de una bonificación por descanso, posibilidad de recibir educación cooperativa, posibilidad de participar en los excedentes de la cooperativa, aporte económico mensual de la cooperada, y prestó a sus asociados los servicios a su alcance de conformidad con los ingresos económicos que tenían.

La **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ**, manifestó que se reiteraba que el juez laboral no era competente para resolver el asunto, puesto que en virtud del fuero de atracción le corresponde al juez administrativo conocer el proceso, dado que es el que puede asumir el conocimiento de asuntos que no estarían en principio sometidos a su jurisdicción cuando tiene competencia para dirimir algún otro asunto; y que en el caso, la accionante si bien solicita la declaración de un contrato de trabajo, también hace alusión a que el hospital era el beneficiario de la obra, lo que no es una figura ajena al derecho administrativo.

Expresó frente a la solidaridad, que el nexo causal entre el objeto del hospital y la actividad que desarrollaba la accionante no está suficientemente probado pues no está claro el oficio que desempeñaba la accionante frente a la demandada, se estaba frente a un convenio cooperativo, y el beneficiario del servicio era la comunidad.

Código Único de Identificación: 110013105005201800462 01 y 02.
Demandante: **SANDRA JANETH MOYANO GARZÓN.**
Demandado: **C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. Y E.S.E.
HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD
FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ.**

III. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de éstas para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

IV. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se concretan en los siguientes: **i) frente al auto**, determinar si hay lugar a declarar la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia; y **ii) frente a la sentencia**, determinar si la relación existente entre la actora y C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S., se dio en realidad bajo la normatividad que rige las Cooperativas de Trabajo Asociado o si por el contrario se configuró un contrato de trabajo; y si resulta posible la declaratoria de solidaridad del HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ, frente a las condenas irrogadas a la Cooperativa demandada.

**FRENTE AL AUTO QUE NEGÓ LA EXCEPCIÓN PREVIA DE
FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.**

Lo primero por advertir es que el tribunal es competente para resolver en segunda instancia sobre la decisión del A Quo enjuiciada, conforme las voces el numeral **3° del art. 65** del C.P.T y de la S.S.

Lo siguiente es recordar que los asuntos encomendados a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de seguridad social se encuentran claramente determinados en el artículo 2° del C.P.T. y de la S.S., el cual, en su numeral 1 señala: norma que dispone:

“ARTICULO 2. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:

- 1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.**
(...)”

Al respecto debe tenerse en cuenta que la H. Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que la sola afirmación del demandante, de que su vínculo estuvo regido por un contrato de trabajo, habilita a la jurisdicción ordinaria laboral para resolver el litigio planteado, y determinar si aquel tuvo la calidad de trabajador oficial. Así, en el escenario de no probarse dicha calidad, el juez deberá absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra (SL-9315 de 2016, SL9315-2016; SL-10610 de 2014).

En esta última sentencia la Corte explicó que *“para que el juez laboral asuma la competencia en un juicio contra una entidad de derecho público, al actor le basta afirmar la existencia del contrato de trabajo porque, de controvertirse esa afirmación, al*

Código Único de Identificación: 110013105005201800462 01 y 02.

Demandante: **SANDRA JANETH MOYANO GARZÓN.**

Demandado: **C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. Y E.S.E.
HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD
FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ.**

juez le corresponde en la sentencia de fondo declarar si existió o no, y sólo en caso positivo puede reconocer los derechos que emanen de ese contrato».

Conforme lo brevemente expuesto, considera la Sala que le asiste razón al A Quo, puesto que ciertamente las pretensiones están encaminadas a lograr la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo. En todo caso, debe advertirse que el impugnante finca su criterio en jurisprudencia del H. Consejo de Estado, especialmente en la figura del fuero de atracción, corporación que ha precisado que asume preferencialmente conocimiento del litigio cuando intervengan entidades públicas y privadas. Así lo ha expresado:

“...Esta jurisdicción tiene competencia para vincular y juzgar a los particulares o personas de derecho privado en virtud del fuero de atracción, aun cuando al momento de realizar el análisis probatorio del proceso se establezca que la entidad pública, también demandada, no es responsable de los hechos y daños que se le atribuyen en el libelo. Sin embargo, el factor de conexión que da lugar a la aplicación del fuero de atracción y que permite la vinculación de personas privadas que, en principio, están sometidas al juzgamiento de la jurisdicción ordinaria, debe tener un fundamento serio, es decir, que en la demanda se invoquen acciones u omisiones que, razonablemente, conduzcan a pensar que su responsabilidad pueda quedar comprometida. Se resalta que para que opere el fuero de atracción es menester que los hechos que dan origen a la demanda sean los mismos, postura que ha sido reiterada por la Sala en pronunciamientos más recientes que le permiten compartir la decisión del a quo de fallar en relación con la persona de derecho privado, esto es, CEDIMED S.A. (sentencia Consejo de Estado NR: 2117725. Rad. 45060, del 05 de julio de 2018- sección tercera M.- M.P. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO).

Sin embargo, considera la Sala que la competencia de la jurisdicción ordinaria no se diluye por la simple formulación de una pretensión en la que se recalca el carácter público de las entidades públicas demandadas, pues por el contrario, al pretenderse la declaratoria de existencia de una relación laboral de la demandante **con la C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S.,**

Código Único de Identificación: 110013105005201800462 01 y 02.

Demandante: **SANDRA JANETH MOYANO GARZÓN.**

Demandado: **C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. Y E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ.**

es diáfano como reiteradamente lo expuso el juez de primera instancia, que la eventual declaratoria de un contrato de trabajo estará regido por las normas del sector privado y el código sustantivo de trabajo, pues el llamado a ser empleador es la C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S., entidad regida por el derecho laboral privado, y no público; asimismo, tampoco se está solicitando la declaratoria de la calidad de empleado público o trabajador oficial para determinar que en virtud de la figura del fuero de atracción la competencia pueda ser asumida por el juez de lo contencioso administrativo.

Asimismo, la declaratoria eventual de la figura de la solidaridad a cargo de la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ** no implica de ninguna manera que la competencia recaiga en el juez administrativo, puesto que tal situación no conllevaría en ningún caso a que la trabajadora demandante fuere empleada pública, consideraciones estas por las que **se CONFIRMARÁ** en su integridad **el auto** impugnado.

FRENTE A LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

De lo probado en el proceso:

Se encuentra probado y no es objeto de controversia que la demandante solicitó su aceptación como asociado a la C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. (fl.114); que celebró convenio de asociación con la C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. para desempeñar la labor de Higienista Oral en la unidad de negocios del Hospital La Samaritana, cargo que desarrolló del 01 de enero de 2010 al 30 de julio de 2016 (fls. 24, 25, 115 a 117); que devengaba mensualmente una compensación variable, y le era descontado un ahorro para disfrutar de vacaciones (fls. 139 a 172 y 298 a 307; que la accionante solicitó su retiro de la cooperativa,

a partir del 01 de agosto de 2016; lo que fue aceptado el 18 de julio de 2016 (fls.119 a 120); y que el objeto de la C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. es *"generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación, y autogobierno, trabajo que la cooperativa organizará con el fin de realizar la actividad socioeconómica consistente en la prestación de servicios propios de la atención de salud, servicios de salud ocupacional, higiene y seguridad industrial, respecto de los cuales cumpla las condiciones de habilitación, o en concurrencia con otros prestadores que declaren los servicios"*, según los estatutos de la cooperativa (fls. 72 a 94)

- i) El 27 de octubre de 2010, la demandante participó en la capacitación denominada "curso básico de economía solidaria con énfasis en trabajo asociado" (fls. 121).
- ii) El 02 de febrero de 2015, la demandante y la C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. suscribió otro sí al convenio de asociación en el que se estableció una compensación integral variable por valor de \$644.350 mensual, bonificación anual y semestral (fl.118).
- iii) La demandante devengaba mensualmente una compensación variable, así como le era descontado un ahorro para que pudiera disfrutar de vacaciones (fls. 139 a 172 y 298 a 307).
- iv) C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. celebró asamblea el 04 y 31 de marzo de 2016 (fls. 173 a 186).
- v) El 15 de julio de 2016 la accionante solicitó su retiro de la cooperativa, a partir del 01 de agosto de 2016; lo que fue aceptado el 18 de julio de 2016 (fls.119 a 120).
- vi) C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. contaba con estatutos; régimen de trabajo asociado; régimen de compensaciones, previsión y seguridad social; reglamento para la elección de delegados (fls. 72 a 111 y 187 a 191).

- vii)** El objeto de la C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. es *"generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación, y autogobierno, trabajo que la cooperativa organizará con el fin de realizar la actividad socioeconómica consistente en la prestación de servicios propios de la atención de salud, servicios de salud ocupacional, higiene y seguridad industrial, respecto de los cuales cumpla las condiciones de habilitación, o en concurrencia con otros prestadores que declaren los servicios"*, según los estatutos de la cooperativa (fls. 72 a 94).

De igual manera, comparecieron a juicio en calidad de testigos **Aura María Gómez Suárez, Karen Jasmin Acosta Sánchez y María Claudia García Bolívar.**

Aura María Gómez Suárez señaló que la actora era parte de la cooperativa y aportaba su oficio como Auxiliar de Higiene Oral en el proyecto de la Unidad Funcional de Zipaquirá en el Hospital La Samaritana; que estuvo en el proyecto de La Samaritana hasta que se finalizó en enero del 2017; que la cooperativa era quien le daba órdenes a la actora; que dentro de la organización existían unas jerarquías y la asociada líder de odontología era quien hacía seguimiento a la actora además de darle órdenes; que a la actora se le hacían seguimientos frente a las agendas que tenía estipuladas; que debía cumplir con un trabajo presencial, para lo que debía de cumplir con un horario; que cuando había algún error de un asociado, lo que se hacía era tener un diálogo con él, y darle unas medidas preventivas para arreglar; que ante la vinculación de un asociado a éste se le hacía una inducción de cooperativismo, de cómo iba ser el pago a través de una compensación por su aporte de trabajo; que como asociados debían prestar el servicio de manera personal, recibían

una compensación de acuerdo con el perfil profesional, podían participar de los excedentes cooperativos, y en actividades de la cooperativa como asambleas ordinarias u otras; que la actora hizo solicitud de asociación, firmó convenio asociativo, fue partícipe de la distribución de los excedentes anuales y de todas las actividades de la cooperativa; que las medidas correctivas que daba la cooperativa, eran más de tipo preventivas, y se daban cuando un asociado cometía alguna falta disciplinaria, de modo que como estaban regidos por unos estatutos, lo que se hacía era una reunión con el asociado y se le manifestaba las dificultades presentadas, se le proponían y se escuchaban qué medidas tomaría frente a la dificultad que tenía; que entre 2010 y 2016 el comité de educación dictó el curso de cooperativismo, y luego las coordinaciones de acuerdo a la labor de cada unidad funcional dictaban capacitaciones para fortalecer el desempeño de las personas; que de dichas capacitaciones había actas; que cada seis meses se dictaban charlas de cooperativismo para mantener actualizadas los afiliados; y que durante 2010 y 2016 se hicieron varias actividades de carácter cultural y deportivo, tales como el día de los niños y el almuerzo de fin de año.

Por su parte, **Karen Jasmin Acosta Sánchez** adujo que la demandante fue compañera de trabajo; que la actora era higienista oral; que tenían un horario de 7:30 A.M. a 5:30 P.M.; que la actora atendía pacientes cada 20-25 minutos; que los odontólogos eran cooperados, y que todo el personal de odontología era cooperado; que en su tiempo de labor no le consta que la cooperativa convocara a asambleas; que las únicas actividades que se hacían eran las del día de los niños y fiestas de fin de año; que no le consta que la cooperativa hubiese promocionado actividades de educación para los familiares de los cooperados, líneas de crédito favorables, convenios con entidades financieras, o cursos vacacionales; que la cooperativa no fomentó ni hizo cursos de cooperativismo, pero que la jefe inmediata,

Doris Forero, hacía esas retroalimentaciones; que en esas retroalimentaciones se decían los protocolos que se debían cumplir desde el momento que entraba el paciente, y cómo se llenaban la historia clínicas y el consentimiento informado; que si el cooperado no cumplía con su trabajo o faltaba le hacían un llamado de atención, y generalmente cuando se fallaba un día sin justificación se descontaba el día; que si no asistían tocaba llenar un formato con tiempo de antelación, exponiendo los motivos de la inasistencia, luego, tocaba pasarlo a la jefe inmediata, ella lo pasaba al Doctor Castro que era el director científico, y de ahí se pasaba a la cooperativa; y que hubo un tiempo que les controlaban de manera biométrica las entradas y salidas.

Finalmente, **María Claudia García Bolívar** señaló que conoció a la demandante desde 2009 porque laboró con ella en el Hospital La Samaritana; que su jefe inmediata, Doris Forero, les daba socializaciones sobre la secretaría de salud, actualizaciones, rotaciones, direcciones de la cooperativa y del hospital, en general, de las noticias nuevas de cada mes; que en esas reuniones no se reforzaban temas de cooperativismo; que tenían un horario, de 7:30 A.M. a 5:30 P.M.; que los horarios los establecía la jefe directa, quien se regía por lo que decía la cooperativa; que siempre les llegaba un mismo sueldo, aunque si se ausentaban no les pagaban; que para un permiso tenían un filtro, primero, la jefe inmediata, y luego, ella informaba a la cooperativa; y que si no se cumplía con el horario se pasaba un memorando, que era un carta en la que les recordaban las funciones y horarios.

Por otra parte, en **interrogatorio de parte, el representante legal de la C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S.** se señaló que Doris forero le daba instrucciones a la demandante porque dentro de la coordinación de la cooperativa se tienen funciones específicas para poder lograr la organización

Código Único de Identificación: 110013105005201800462 01 y 02.

Demandante: **SANDRA JANETH MOYANO GARZÓN.**

Demandado: **C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. Y E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ.**

adecuada de tiempos y movimientos de acuerdo con las agendas para el servicio contratado; que la demandante tenía que pedirle los permisos a la cooperativa directamente al líder coordinador; que la labor de la actora era personalísima; y que de acuerdo con las agendas y los servicios requeridos, se podría decir que se tenía un horario.

Pues bien. Para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, el demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo,¹ presunción que ha sido abordada en innumerables sentencias por parte de la Sala de Casación Laboral como por ejemplo la sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017, en la que se insistió en que conforme las voces del art 24 *idem*, a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador

Por otra parte, el **convenio de asociación** encuentra pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, es así que existe legislación cooperativa que permite el funcionamiento de esta clase de entidades sin ánimo de lucro, donde los aportantes

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, lo que significa que el trabajo de la cooperativa está preferentemente a cargo de los propios asociados, quienes optan por trabajar en forma análoga y concurrente para un propósito cooperativo, ejerciéndose además la condición de socio en procura de obtener un beneficio distinto al ingreso salarial o prestacional característico de las relaciones laborales o de trabajo.

El acuerdo cooperativo y el régimen de trabajo de esas Cooperativas de Trabajo Asociado tiene como marco para su desarrollo la Ley 79 de 1988, que aparece reglamentada entre otras disposiciones por los Decretos 1333 de 1989, 0468, 3081 de 1990, por el Decreto 4588 de 2006, Ley 1233 de 2008, Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011.

Los artículos 9 y 10 del Decreto 0468 de 1990, establecen:

“Las cooperativas de trabajo asociado, de conformidad con la ley, regularán sus actos de trabajo con sus asociados, mediante un régimen de trabajo, de previsión y seguridad social y de compensaciones, el cual deberá ser consagrado en los estatutos o por medio de los reglamentos adoptados conforme se establezca”.

“El régimen de trabajo asociado de cada cooperativa deberá contener como mínimo: las condiciones o requisitos particulares para la vinculación al trabajo asociado; las jornadas de trabajo, honorarios, turnos y demás modalidades como se desarrollará el trabajo asociado; los días de descanso general convenidos y los que correspondan a cada trabajador asociado por haber laborado durante un período determinado; los permisos y demás formas de ausencias temporales al trabajo, autorizadas, y el trámite para solicitarlas o justificarlas; los derechos y deberes particulares relativos al desempeño del trabajo; las causales y clases de sanciones por actos de indisciplina relacionados con el trabajo, así como el procedimiento para su imposición y los órganos de administración a los funcionarios que están facultados para sancionar, las causales de exclusión como asociado relacionadas con las actividades de trabajo, respetando el procedimiento previsto en el estatuto para la adopción de estas determinaciones y todas aquellas otras estipulaciones que se consideren convenientes y necesarias para regular la actividad de trabajo asociado de la cooperativa”.

Código Único de Identificación: 110013105005201800462 01 y 02.

Demandante: **SANDRA JANETH MOYANO GARZÓN.**

Demandado: **C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. Y E.S.E.
HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD
FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ.**

A su vez, el artículo 3 del Decreto 4588 de 2006, establece que las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado *"Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general"*.

De la normatividad señalada, se concluye que las cooperativas de trabajo asociado deben realizar su objeto social de manera directa a través de sus asociados, salvo las excepciones autorizadas por ley, y puede ser encaminado a la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, pues dicho ente tiene como finalidad ser autogestionario y sus asociados tienen la doble connotación de trabajadores y gestores de esta.

Aunado a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que si bien la organización del trabajo autogestionario, en torno a las cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada (sentencias del 06 de diciembre de 2006, Rad. 25713 y SL6441-2015)

Con la prueba arrimada a las diligencias, y atendiendo a que la prestación personal del servicio a favor de la C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S, no ha sido puesta en duda, debe darse aplicación a la presunción consagrada en el art. 24 del C.S.T.,

por lo que, en tales condiciones la carga probatoria de la cooperativa debía encaminarse a derruir la presunción de subordinación; sin embargo la prueba del informativo de lo que da cuenta es de que dicha cooperativa ejerció control regular en el desarrollo de actividades de la demandante, le exigió el cumplimiento de un horario de trabajo, le exigía solicitar permiso para ausentarse, además era sujeto de memorandos y llamados de atención ante el incumplimiento de su horario de trabajo, y recibía órdenes y directrices de su jefe inmediata, Doris Forero; aspectos que, contrario a derruir la presunción de existencia de un vínculo laboral son altamente indicativos de la existencia de aquel, resaltando además que resulta precario el acervo probatorio para establecer, como lo pretende la cooperativa apelante, que la labor de la actora se enmarcaba en el régimen del cooperativismo, pues tal y como lo advirtió el A Quo, las capacitaciones arrimadas fueron escasas (fl 121) y la realización eventual de actividades en favor de los cooperados, tales como un almuerzo a fin de año, la celebración del día de los niños, y una actividad deportiva, no denotan voluntad o ánimo cooperativo alguno de la demandante, resaltando además que solo obra la asistencia de la activa a dos asambleas por parte de la Cooperativa los días 04 y 31 de marzo de 2016 en un vínculo que se extendió por más de cinco años (fls. 173 a 186).

Así las cosas, la Sala no encuentra el desacierto del A Quo en el sentido advertido en la apelación y por lo tanto debe CONFIRMARSE la sentencia.

SOLIDARIDAD.

Conforme las voces del artículo 34 del C.S.T., cuando una empresa contrata con un tercero el desarrollo de actividades puede fijarse en su cabeza responsabilidad solidaria frente a las obligaciones laborales incumplidas por tal tercero o contratista,

Código Único de Identificación: 110013105005201800462 01 y 02.

Demandante: **SANDRA JANETH MOYANO GARZÓN.**

Demandado: **C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. Y E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ.**

a menos que estos servicios sean ajenos o extraños a las actividades normales de la empresa contratante.

Sobre el tópico, la Sala de Casación Laboral de H. Corte Suprema de Justicia ha abordado en múltiples oportunidades el análisis de la regla contenida en el artículo 34 del C.S.T., señalando la necesidad de observar la naturaleza y características de la actividad del trabajador, las cuales según la citada disposición no deben ser extrañas a las actividades normales del beneficiario de la obra o labor. Así lo indicó en sentencia SL3014-2019 reiterada en la SL3111-2021:

«[...] resulta pertinente traer a colación, lo sostenido por la Sala en la sentencia CSJ SL14692-2017, en donde reiteró lo dicho en la SL, 2 jun. 2009, rad. 33082:

“Igualmente se exhibe importante recordar que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador.

Así se explicó en la sentencia SL, del 2 de jun. 2009, rad. 33082:

[...] Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, **lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste.** Y desde luego, **en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador**, de tal suerte que es obvio concluir que si, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado”. (Negrillas fuera del texto original)”

Sentado lo anterior, procede la Sala a verificar si las labores que realizaba la accionante eran extrañas al giro normal u ordinario de los negocios de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL DE ZIPAQUIRÁ, frente a lo que se tiene que la actora realizaba la actividad de higienista

Código Único de Identificación: 110013105005201800462 01 y 02.

Demandante: **SANDRA JANETH MOYANO GARZÓN.**

Demandado: **C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. Y E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ.**

oral, actividad que de suyo no resulta extraña al objeto de la Empresa Social del Estado demandada pues, en efecto, el objeto social de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ es *"la prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud. En consecuencia, en desarrollo de ese objeto de ese objeto, adelantará acciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la salud"*, según el artículo 4° de la Ordenanza 072 de 1995 (fls. 18 a 22), por lo que claramente las labores desarrolladas por la accionante hacían parte del objeto del hospital, de manera que resulta acertada la condena impuesta en solidaridad, lo que conlleva a CONFIRMAR la sentencia. CONFIRMAR la sentencia.

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

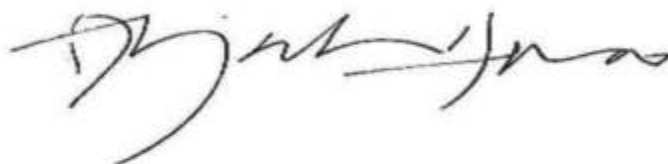
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

Código Único de Identificación: 110013105005201800462 01 y 02.
Demandante: **SANDRA JANETH MOYANO GARZÓN.**
Demandado: **C.T.A. GRUPO LABORAL SALUD I.P.S. Y E.S.E.
HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA UNIDAD
FUNCIONAL ZIPAQUIRÁ.**

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los apoderados de las demandadas, así como estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **NURY ESTHER MÁRQUEZ RIVEROS** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS Y PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la “nulidad” del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad. Como

consecuencia de lo anterior, solicita que PROTECCIÓN S.A. proceda a la devolución de los dineros existentes en su cuenta de ahorro individual; que PROTECCIÓN S.A. pague las diferencias que podría surgir entre sus aportes en el régimen de prima media en contraste con régimen de ahorro individual con solidaridad; que COLPENSIONES reciba en calidad de afiliada a la demandante y actualice su historia laboral; y que COLPENSIONES debe reconocer la pensión de vejez desde el momento en que acrediten los requisitos para pensionarse.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 221 a 229), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, inexistencia de los intereses moratorios e indexación, prescripción, y la innominada o genérica.

Adujo que la accionante no contaba con 15 años de cotizaciones al 01 de abril de 1994 para poder retornar en cualquier tiempo al régimen de ahorro individual, conforme lo dispuesto en la sentencia SU-130 de 2013; que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; que fue voluntad de la accionante afiliarse, y del fondo privado de afiliarla; y que desde el momento del traslado han transcurrido más de tres años, de manera que operó la excepción de prescripción.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 248 a 263), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó validez de la afiliación al RAIS, no pertenecer la demandante al grupo de personas que pueden regresar al RPM, inexistencia de nulidades, saneamiento por ratificación de la nulidad, prescripción, y la genérica.

Adujo que la accionante quedó inmersa en la prohibición de traslado establecida en la Ley 797 de 2003 referente a que no es dable migrar de régimen pensional cuando faltan menos de 10 años para cumplir la edad pensional; que sólo las personas beneficiarias del régimen de transición con 15 años de servicios al 01 de abril de 1994 pueden retornar en cualquier tiempo a COLPENSIONES, requisitos que no acredita la actora; que la demandante optó por su afiliación lo han hecho de forma libre y voluntaria; y que la voluntad de afiliación quedó plasmada en el formulario de afiliación, el que cumple con los requisitos del Decreto 692 de 1994.

Expresó que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; que no se está atacando la naturaleza del acto que se celebró, la calidad, ni las personas intervinientes, por lo que, no se podría establecer que se está frente a un error de hecho; que no se encuentra acreditado que se usó fuerza, la que en todo caso debe ser determinante para la celebración del negocio jurídico; que no se avizora dolo, ya que, no se encuentra demostrado en juicio; y que el negocio celebrado entre las partes tiene un objeto y causa lícita.

En último término, expresó que la nulidad fue saneada por ratificación, dado que efectuó múltiples traslados a través de diversas administradoras; y que han pasado 24 años desde el acto de afiliación, empero, el simple paso del tiempo hace que la obligación hubiese sido afectada por el fenómeno de la prescripción.

2.1. INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO.

Mediante providencia del 17 de enero de 2019 se dispuso la vinculación de **PORVENIR S.A.** (fl.290).

PROTECCIÓN S.A. (fls. 327 a 347), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

Indicó que la accionante se afilió de manera libre y voluntaria, brindándose la correspondiente asesoría de conformidad con lo dispuesto por la Superintendencia Financiera; que sus asesores comerciales reciben permanentemente capacitaciones con la finalidad de brindar una adecuada orientación y asesoría a los potenciales afiliados, así como para resolver las dudas que a éstos les puedan surgir; y que son enfáticos en señalar que el sistema de ahorro individual pone en cabeza de los afiliados la decisión respecto de su futuro pensional a través de la planeación y el ahorro, lo que implica tener aportes constantes y efectuar cotizaciones voluntarias.

Manifestó que según Circular 2015123910-002 de 2015 de la Superintendencia Financiera el deber de información sólo nació con la promulgación de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010; que con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, surgió la posibilidad de usar herramientas financieras que permitieran a la actora conocer las consecuencias de su traslado; y que es obligación de los consumidores financieros informarse de los productos que van a adquirir.

Expuso que no se allega prueba tendiente a demostrar la existencia de engaño o de error; que informaron a través de un

periódico de amplia circulación nacional, El Tiempo, las modificaciones que trajo la Ley 797 de 2003, especialmente la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltaren menos de diez años para cumplir la edad pensional; que no está acreditado que el error que se alega sea sobre la especie del contrato o la identidad de la cosa específica; y que el error de derecho no vicia el consentimiento.

En último término, explicó que no es aplicable el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, ya que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición, ni gozaba de una mera expectativa de pensión.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 11 de febrero de 2021, en la que declaró la ineficacia de la afiliación de la actora a la AFP HORIZONTE S.A., (hoy PORVENIR S.A.). Como consecuencia, ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A., trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la actora, los gastos de administración y comisiones o cualquier otro emolumento que hubiese sido descontado de los aportes pensionales de la demandante mientras estuvo afiliada a dichos fondos, valores debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria.

Así mismo le ordenó COLPENSIONES recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante desde su afiliación inicial al ISS y condenó en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en favor de la demandante.

En síntesis, refirió que conforme a jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia desde su fundación las administradoras de pensiones estaban obligadas a brindar a los usuarios la información de necesaria para que los posibles afiliados puedan hacer juicios claros y objetivos acerca de los fondos de pensiones y escoger las mejores opciones del mercado; que el estatuto financiero establecía los fondos privados el deber de dar a conocer la mayor de información del funcionamiento de los regímenes pensionales en aras de lograr mayor transparencia, señalándose sus características, sus ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas del traslado; y que el deber de información no surge con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, pues estas normas lo único que hicieron fue reafirmar la obligación de los fondos privados de brindar información y asesoría a sus afiliados.

Indicó que es carga del fondo privado acreditar el deber de información por estarse frente a una negación indefinida; que no obra prueba de que a la actora se le hubiera brindado información veraz, clara, completa, comprensible y detallada, por parte del A.F.P. HORIZONTE al momento de efectuarse el traslado de régimen; que no está suficientemente acreditado que la asesora Ignacia Anaya tuviese la formación suficiente para brindar una asesoría pensional; que la demandante al rendir interrogatorio no incurrió en confesión, y por el contrario manifestó que le informaron únicamente ventajas al permanecer en el RAIS,.

Concluyó advirtiéndole que ante la liquidación de CAJANAL sus afiliados fueron trasladados al I.S.S., quien es el administrador natural del régimen de prima media, por lo que, quien debe recibir a la actora es COLPENSIONES. la ineficacia de traslado es una declaración que es conexa al derecho a la seguridad social, derecho que es de rango constitucional y, por ende, irrenunciable e imprescriptible.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES.

Indicó que no obró prueba alguna de estar en presencia de un vicio del consentimiento; que se está frente a un punto de derecho que no logra repercutir en el acto celebrado entre las partes, por no estar frente a un error dirimente; que se está exigiendo una responsabilidad objetiva; que le asiste al demandante la carga de probar el vicio alegado, por demás que la responsabilidad es de quien causa el daño; y que la decisión proferida podría descapitalizar el sistema pensional, como quiera que se quebranta el principio de sostenibilidad financiera, y por ende del sistema de pensiones, por demás que nadie puede resultar subsidiado con los recursos de otros afiliados, la accionante no contribuyó al sistema.

PORVENIR S.A.

Expresó que para el año de 1994 no había una regulación normativa que estableciera el deber de información, y por ende, no se pueden exigir pruebas que el momento histórico no se requerían; que el deber de información quedaba acreditado con la suscripción del formulario de afiliación, lo que está establecido en la Ley, pasándose por encima del principio de la confianza legítima, lo que está generando una responsabilidad objetiva, empero se debe probar el daño y el nexo de causalidad; que el único efecto del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 es que se podrá realizar nuevamente en forma libre y voluntaria la afiliación, puesto que retrotraer las cosas a su estado original es una característica de la nulidad; que el artículo 1746 del C.C. establece que el efecto cuando se declara una nulidad son las restituciones mutuas, por manera que no se comprende por qué tiene restituir los gastos de administración, cuando se da el entendimiento de que la actora nunca estuvo en el RAIS; que las obligaciones de tracto sucesivo que se van descontando no son

objeto de restitución porque se van cumpliendo a medida que se van utilizando, pues de lo contrario se está propendiendo por un enriquecimiento sin causa; y que la prescripción debe prosperar por lo menos frente a los gastos de administración, pues son valores netamente económicos no destinados a sufragar la pensión.

PROTECCIÓN S.A.

Adujo que no se demostró la ocurrencia de un vicio del consentimiento, y que lo que hubo fue una negligencia consentida por parte de ella al alegar una ley que es de público conocimiento; que si bien existe el deber de información, también lo es que existe el deber de cuidado por parte de los afiliados; que cuando las administradoras actuaron lo hicieron de conformidad con la Ley 100 de 1993, debiéndose actuar con un poco más de consideración con los fondos privados, quienes no han hecho más que actuar en derecho; que los gastos de administración se encuentran debidamente autorizados en la ley, por demás que con estos se generaron rendimientos en la cuenta de ahorro individual; que los rendimientos se están reconociendo indexados al igual que los gastos de administración, condenas que no pueden ir a la par; y que se la jurisprudencia es fuente auxiliar de derecho pero no puede ir en contravía de lo establecido legalmente.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta y se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar conforme el Decreto 806 de 2020, el que fue utilizado por los apoderados de la éstas para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

LEGITIMACIÓN DE COLPENSIONES PARA RECIBIR LOS VALORES QUE PUDIEREN PROVENIR DEL FONDO PRIVADO EN CASO DE DECLARSE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Sobre el tópico, encontramos que a folios 38 a 40, obra formato CLEBP que da cuenta que la actora laboró para Servicios de Salud del Atlántico desde el 01 de abril de 1993, y que en tal fecha estaba afiliada a la Caja de Nacional de Previsión Social-CAJANAL.

Al respecto, es necesario rememorar que el artículo 52 de la ley 100 de 1993, establece lo siguiente:

"Artículo 52. Entidades administradoras. El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.

Las Cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta ley.

Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria"

En igual sentido, el numeral 3° del artículo 1° del Decreto 2527 de 2000, "Por medio del cual se reglamentan los artículos 36 y 52 de la Ley 100 de 1993, parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y se dictan otras disposiciones", señala:

"Artículo 1°. Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones. Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán, reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, exclusivamente en los siguientes casos;

(...) 3. Cuando los empleados públicos y trabajadores, oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones". (Negrillas por la Sala).

Como se aprecia, las normas referidas asignan la competencia de la administración del régimen de prima media al Instituto de Seguros Sociales, y por excepción, prevé que otros entes, tales como las cajas, fondos o entidades, administren el sistema, pero se requiere, fundamentalmente, que éstos cumplan con dos condiciones indispensables:

1. "Subsistan", es decir, que su vida jurídica perdure después de la entrada en vigor del sistema general de pensiones, para que continúen reconociendo y pagando las pensiones.

2. "Administren" el régimen, esto es, que se limiten a cumplir con una de las funciones del mismo, como es solamente la del pago de las mesadas pensionales.

En el caso objeto de análisis, no se presentan estas dos condiciones, pues por una parte, la Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL no subsistió, dado que a través del Decreto 2196 de 2009 se ordenó su supresión y/o liquidación. Asimismo, el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009 estableció:

"Artículo 4°. Del traslado de afiliados. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el **traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS.** Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado". (Negrillas por la Sala).

Así mismo, es necesario aclarar que CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, fue el encargado de adelantar las acciones que permitieran garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos afiliados que hubieren cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener la pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado de cotizaciones al I.S.S.; y que CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, continuó con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones fueron asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP. Al respecto, el inciso 2° del artículo 4 del Decreto 2196 de 2009, estableció:

"En todo caso, la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación adelantará, prioritariamente, las acciones que permitan garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos afiliados que hubieren cumplido

con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener la pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado a que se refiere el artículo 4° del presente Decreto, de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal, EICE, en liquidación continuará con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007”.

En igual sentido, y a partir de la interpretación integral y sistemática de los Decretos 2196 de 2009, 5021 de 2009, 2380 de 2012 y 0575 de 2013, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en decisiones del 20 de noviembre de 2014, 10 de noviembre de 2015, 18 de mayo de 2016, 08 de junio de 2016, 08 de junio de 2016, 28 de junio de 2016 y 18 de julio de 2016, entre otros, que corresponden en su orden a las radicaciones números 2014-00228-00, 2015-00121-00, 2016-00042-00, 2016-00048-00, 2016-00071-00, 2016-00076-00 y 2016-00206-00, fijó las reglas generales de competencia en cabeza de la UGPP y de COLPENSIONES, así:

“1. Compete a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de las personas que al **01 de julio de 2009**, fecha del traslado masivo al ISS de afiliados ordenado por el **Decreto 2196 de 2009**, ya habían consolidado el derecho a la pensión, por haber reunido los requisitos de edad y número de semanas o tiempo de servicios exigidos por la ley, siempre que, para entonces, estuvieran afiliadas a CAJANAL EICE.

2. Compete a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de las personas que, estando afiliadas a CAJANAL EICE **cumplieron el requisito de tiempo de servicios o número de semanas** cotizadas exigido por la ley, **y se retiraron o desafilieron** del régimen de prima media con prestación definida **antes de la cesación de actividades de la caja, para esperar el cumplimiento de la edad.**

3. En los casos en los que al **01 de julio de 2009** los afiliados se trasladaron de CAJANAL EICE al ISS **sin haber cumplido los requisitos exigidos** por la normatividad aplicable o alguno de ellos, el reconocimiento y pago de las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida **compete a COLPENSIONES**, como administradora principal de dicho régimen en la actualidad.

4. En aquellos eventos en que el servidor público **se traslada voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales**, corresponde a dicha entidad (hoy COLPENSIONES), resolver de fondo las solicitudes de reconocimiento pensional”.

Por otra parte, el artículo 5° del Decreto 1068 de 1995, es claro en determinar que el responsable del pago de pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar es la entidad administradora de pensiones que haya recibido o que le hubiere correspondido recibir el monto de las cotizaciones del periodo en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente. Al punto, dispone la citada norma:

"Artículo 5°. Efectos de la afiliación.

(...) Será responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar, la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del periodo en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente".

Por tanto, y dado que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, no es "la entidad" encargada de recibir aportes o cotizaciones de los servidores públicos afiliados al régimen de prima media, y que la entidad administradora por excelencia del régimen solidario de prima media con prestación definida es el Instituto de Seguros Sociales -I.S.S., es ésta la entidad que en ausencia de la Caja Nacional Previsión Social- CAJANAL debió recibir las cotizaciones de la actora, en caso de declararse la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, escenario que guarda concordancia con la sentencia SL1582-2021 proferida por la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, en la que se determinó:

"De entrada se observa el yerro cometido por el Colegiado al dar por probado que si el actor no cotizó al ISS, no pertenecía al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, comoquiera que la Caja Nacional de Previsión Social, pertenecía a dicho régimen por mandato expreso del artículo 52 de la Ley 100 de 1993, aspecto que por más ya fue resuelto por la Corte en un caso de similar contorno al que ocupa la Sala, donde el trabajador también estaba afiliado a Cajanal, (sentencia CSJ SL, 9 de sep. 2008, radicado 31314), que reiteró la SL, 9 sep. 2008, rad. 31989), en la que se dijo:

Según se advirtió, desde el escrito demandatorio se adujo que la funcionaria de PORVENIR S. A., que realizó las diligencias para que el demandante se trasladara del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, omitió suministrarle las

suficientes explicaciones y datos para el efecto, y es éste precisamente uno de los reproches que se hace al sentenciador ad quem, en el cargo que se analiza, y en el cual se tiene en cuenta que es un hecho indiscutido que el demandante nació en el año de 1934, y se corrobora con el registro de folio 11, citado en la acusación; también, que el traslado de régimen de seguridad social se produjo en la fecha anotada, 14 de marzo de 1997, cuando tenía más de 62 años de edad y se había desempeñado durante más de 19 años como servidor oficial en diversas entidades y que luego no alcanzó a sumar 500 semanas, sino solamente 92 en dicho régimen.

Esos datos atinentes a la edad del accionante, nacido en octubre de 1934 y al tiempo de servicios desarrollado en el sector oficial, por 19 años y 6 meses, los suministró el accionante al Fondo de Pensiones demandado, según se lee en los formularios de folios 14 y 20 del expediente, es decir, que la Administradora demandada, admitió una afiliación de una persona en las reseñadas condiciones, sin enterar al interesado de las reales circunstancias pensionales del régimen de ahorro individual y con consecuencias frente a la dejación del de prima media con prestación definida que traía en la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN, amén de ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993".

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo", la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el

día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

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

<u>Etapas acumulativas</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

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

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

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

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

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

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

"Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque **la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con**

posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

(...)” (Negrillas por la Sala).

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“(…)”

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)"

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviera una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través de CAJANAL, pues desde el 22 de junio de 1992 presenta aportes, según formatos CLEBP obrante a folios 106 a 115; **ii)** El 22 de noviembre de 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Horizonte hoy PORVENIR S.A. (fl.352); **iii)** Migró en el Régimen de Ahorro Individual el 09 de mayo de 1998 a la A.F.P. COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 30 de abril de 1999 se trasladó a PORVENIR S.A., el 04 de febrero de 2000 retornó a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 21 de diciembre de 2001 se trasladó a PORVENIR S.A., y el 26 de marzo de 2004 se trasladó a ING Pensiones y Cesantías S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. (fls. 274

y 357) y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 08 y 26 de mayo de 2017 ante PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, pero le fue negada tal posibilidad por dichas entidades (fls. 80 a 82, y 03. Expediente Administrativo).

A folio 352 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 22 de noviembre de 1994 con la A.F.P. Horizonte, el cual si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente AFP estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, del que ninguna confesión en su contra se extrae, pues de esta no se logra evidenciar que conociera a cabalidad las implicaciones de cambiarse de régimen pensional.

Del mismo modo, no es dable tener en cuenta el interrogatorio del representante legal de PORVENIR S.A. para estimar acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020.

En cuanto a que **la demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no desplaza la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el

exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...).”

Por las razones anteriormente expuestas, la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que la CONFIRMARÁ, al evidenciar que las AFP encartadas no lograron demostrar el suministro de la información previa suficiente al traslado de régimen,.

Frente a la inconformidad de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. respecto de la orden de devolución de devolver las cuotas de administración indexadas, que ordenó efectuar la A Quo, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“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.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. 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 el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual

responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. 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.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre 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 implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

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".

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los porcentajes por concepto de rendimientos al hacer

parte de la cuenta de ahorro individual de la actora, y los gastos de administración que se hubieren cobrado **debidamente indexados**, pues al existir una conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir tal rubro a cargo de su propio patrimonio, tal como se ha venido realizando la Sala de Casación Laboral en pronunciamientos más recientes, como el contenido en las providencias **SL3199-2021**, **SL4192-2021**, **SL3871-2021**, entre otras. En la primera de éstas se dispuso, en relación con la condena por los aludidos valores, lo siguiente:

“En consecuencia, habrá de adicionarse el numeral segundo del fallo del a quo, en el sentido de que Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los bonos pensionales y lo recaudado por concepto de comisiones y gastos de administración **debidamente indexados** durante todo el tiempo que la actora permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Igualmente se condenará a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, **rubros que deberá cancelar debidamente indexados**, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos”.

Sobre el tópico, es necesario aclarar que los gastos de administración y los aportes pensionales son dos rubros distintos, y que los primeros no generan la actualización de los segundos, por lo que con su imposición no se deviene en una doble condena.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993

subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a

un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado, tal y como lo evidencia la SL 1688-2019 Rad. 68838, de la pluricitada Corporación en la que se dice: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción».*

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, habrá de señalarse que conforme al precedente de la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, es deber procesal de los jueces observar la jurisprudencia unificada de las Cortes de cierre de las distintas jurisdicciones, y que en caso de que se aparten de estos, debe hacerlo con razonamientos válidos, expresos y explícitos, pues el precedente judicial tiene fuerza vinculante. En tal sentido, véase a manera de ejemplo la sentencia T-446 de 2013.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

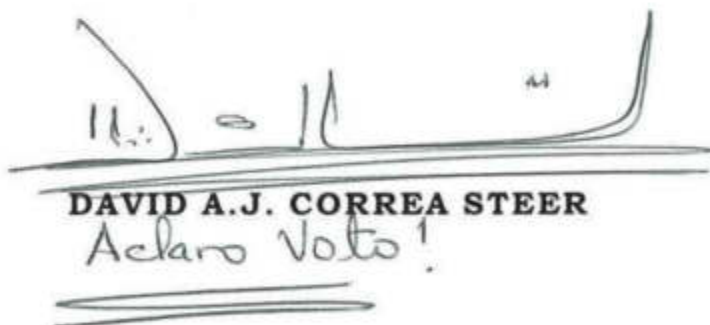
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER
Aclaro Voto!

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE **CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 07 de diciembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **DISNEY BENAVIDES VERA** promoviese contra **CASALIMPIA S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término fijo desde el 26 de mayo de 2005; que se violó el debido proceso en el procedimiento disciplinario iniciado por CASALIMPIA S.A. el 10 de junio de 2015; que la terminación del contrato de trabajo fue

sin justa causa y que carece de efectos jurídicos; que sea reintegrada al mismo cargo o a uno de mejor categoría; que el pago por concepto de *Medios T variable* tiene carácter prestacional; y que su salario era de \$4'145.000. Como consecuencia de lo anterior, solicita su reintegro junto con el correspondiente pago de salarios, reajuste de sus prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión, y vacaciones que no disfrutó.

Subsidiariamente, solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo del 26 de mayo de 2005 al 10 de junio de 2015, y que fue despedida sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita indemnización por despido sin justa causa, e indemnización moratoria.

1.2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Laboró de manera personal para la demandada mediante diferentes contratos a término fijo; **2)** El primer contrato inició el 21 de marzo de 1995 y terminó el 20 de marzo de 2000; el segundo contrato inició el 20 de diciembre de 2000 y terminó el 23 de abril de 2001; el tercer contrato inició el 16 de julio de 2003 y terminó el 30 de marzo de 2004; y el cuarto contrato inició el 26 de mayo de 2005, y fue finalizado el 10 de junio de 2015; **3)** Prestó sus servicios de forma continua e ininterrumpida; **4)** El último cargo que desempeñó fue el de Jefe de Operaciones Regionales; **5)** Devengaba \$4'145.000, valor constituido una suma fija de \$3'145.000, y una suma variable denominada *Medios T. Variables* que ascendía a \$1'000.000; **6)** El 01 de julio de 2012 se establece que el rubro pagado por *Medios T. Variables* es por concepto de transporte; **7)** En enero de 2015, Jenny Patricia Estrella Mojica, su asistente, le pidió una recomendación de buena conducta para unos asuntos personales con un banco, la que firmó sin leer en febrero del mismo año; **8)** El 10 de junio de 2015 fue citada a diligencia de descargos, reunión en la que no se garantizó su

debido proceso y, por el contrario, se tomó la determinación de dar por terminado su contrato de trabajo; **9)** La carta de terminación carece de argumentos significativos en los hechos y fundamentos de derecho; **10)** No tenía llamados de atención o similares; **11)** No le fue informado el estado de sus cotizaciones dentro de los 60 días siguientes a las terminación del vínculo laboral; **12)** Al momento de la finalización del contrato de trabajo no le alcanzaron a pagar los Medios T. Variables de mayo y junio de 2015, así como tampoco se tuvieron en cuenta para el pago de prestaciones sociales ni aportes a pensión; **13)** No le pagaron los aportes a pensión de marzo a julio de 1995 y septiembre de 1996; y **14)** Durante la relación laboral no disfrutó de vacaciones.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificados los convocados contestaron en los siguientes términos:

CASALIMPIA S.A. (fls. 170 a 242), se opuso a las pretensiones de la demandada, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, buena fe, compensación, prescripción, y la genérica.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo, el último cargo de la actora como Jefe de Operaciones; no aceptó los contratos que se establecieron en la demanda, advirtiendo además que los contratos iniciaron en 2005. En cuanto al salario tampoco lo aceptó, dijo que al momento de la terminación era de \$3'145.000, y que los medios de transporte se otorgaron por mera liberalidad.

Expuso que los medios de transporte fueron otorgados en un acto de mera liberalidad del empleador mediante otro si suscrito en junio de 2012 por valor de \$500.000; y que se

estableció que este rubro no tenía incidencia salarial, por cuanto no retribuía de manera directa el servicio de la accionante.

Frente a la terminación del contrato de trabajo de la actora, adujo, finalizó como consecuencia de una justa causa, al encontrarse graves irregularidades en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, legales y reglamentarias, ya que expidió una certificación respecto de la cual no estaba autorizada y que además contenía información que no correspondía a la realidad en cuanto a las condiciones laborales de la señora Jenny Patricia Estrella, defraudando la confianza en ella depositada para la ejecución de su cargo; que la accionante aceptó su falta en diligencia de descargos; y que para la terminación del contrato de trabajo se cumplió con el procedimiento establecido en el reglamento interno de trabajo.

En último término, adujo que pagó de forma completa salarios, prestaciones sociales, vacaciones, y demás acreencias laborales a las que tenía derecho la demandante, por lo que su actuar ha estado revestido de buena fe.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 07 de diciembre de 2020, en la que declaró la existencia de un único contrato de trabajo entre las partes a término fijo entre el 26 de mayo de 2005 y el 10 de junio de 2015, absolvió de todas las pretensiones de la demanda, declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido y condenó en costas a la parte actora.

En síntesis, refirió que el 26 de mayo de 2005, las partes suscribieron un nuevo contrato de trabajo a término fijo en virtud del cual la actora se vinculó para desempeñar el cargo de Supervisora, devengando la suma de \$400.000; que el 16 de marzo de 2008 y el 16 de febrero de 2010 se celebraron nuevos