

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105002 2021 00057 01

Demandante: William Alfonso Silva Tovar

Demandados: Bavaria & CIA S.C.A

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

William Alfonso Silva Tovar, por medio de apoderado judicial demandó a Bavaria S.A., con el fin de que i) se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 12 de junio de 2007 hasta el 17 de julio de 2020, ii) que fue despedido sin justa causa y, iii) que el último salario devengado correspondió a la suma de \$2'465.839.

En consecuencia, se condene a la convocada a dar cumplimiento de lo estipulado en el Pacto Colectivo 2019-2021 clausula 14° consistente en el pago total de 95 días de salario por cada año de servicio prestado y, costas. (f. 4 y 5 archivo 1).

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones, en síntesis, señaló que:

1. Celebró contrato de trabajo a término indefinido con la Empresa Bavaria S.A. el 12 de junio de 2007 para desempeñar el cargo de Ayudante de Oficina POSM con un salario mensual de \$1'042.281.
2. A los empleados de la empresa convocada que firmaran acogiendo al Pacto Colectivo 2019-2021, recibían una bonificación de \$1'500.000, además de los beneficios estipulados en el mismo.
3. Confiando que estaba amparado en el Pacto Colectivo, continuó laborando para la demandada sin tener problema de ninguna índole.
4. El 17 de julio de 2020, fue requerido por la oficina de personal, y sin mediar palabra le entregaron carta de terminación del contrato, de forma unilateral y sin justa causa, así como a otros 4 compañeros de la misma sección de trabajo.
5. En el sector donde laboraba, había sólo 12 trabajadores, por lo tanto, fue un despido masivo, y la empresa adujo que era una reducción de personal.
6. Bavaria S.A. no respetó el acuerdo adquirido en la cláusula 14 del Pacto Colectivo, el cual consagra el derecho a 95 días de salario básico por cada año de servicio y proporcional en caso de fracción de año.
7. Al momento del despido devengaba un salario mensual de \$2'465.839.
8. Es padre de familia, paga arriendo y tiene responsabilidades económicas que cubrir, pues desde que fue despedido injustamente no ha conseguido otro trabajo por la situación de la pandemia.
9. La empresa no tenía permiso para despedir por parte del Ministerio de Trabajo.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue radicada en el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los Juzgados Civiles y de Familia el 12 de febrero de 2021 (f. 88 archivo 1), la cual le fue asignada al Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, quien mediante auto del 27 de agosto de la misma anualidad, la admitió luego de su subsanación (archivo 4).

Bavaria & CIA. S.C.A., procedió a contestar el libelo sin oponerse a la existencia de la relación laboral y sus extremos, sin embargo, se resistió a las demás súplicas de la demanda; en cuanto a los hechos señaló como ciertos los relacionados con el contrato de trabajo suscrito entre las partes, la calenda de su terminación sin justa causa y el salario devengado por el actor al momento del despido. Como sustento de su defensa adujo que al momento del finiquito contractual, la empresa contaba con más de 2.000 trabajadores, por lo que no podría considerarse como un despido colectivo a la luz de lo contemplado en el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, especialmente por cuanto no se encontraba inmersa en ninguna de las hipótesis allí contempladas, por lo que al demandante no le era aplicable la cláusula 14 del Pacto Colectivo, por no cumplir los presupuestos facticos allí contenidos consistentes en: que exista cierre total o parcial de la fábrica, filial o dependencia o que haya reducción de personal, que como consecuencia de ello, se disponga el traslado de los trabajadores a otra dependencia, que el trabajador no acepte el traslado y que el empleado decida retirarse voluntariamente de la empresa. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y compensación (f. 2 a 7 archivo 7).

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia del 15 de mayo de 2023 acorde con la siguiente parte resolutive (archivo 17):

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS LAS EXCEPCIONES de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada BAVARIA S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante WILLIAM ALFONSO SILVA TOVAR, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte accionada, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma total equivalente a medio (1/2) SMLMV.

CUARTO: Si no fuere apelado el presente fallo, CONÚLTESE con el Superior”.

Para arribar a dicha conclusión, señaló en apretada síntesis que de la cláusula 14 del Pacto Colectivo, se infiere que para ser beneficiario del pago de los 95 días de salario, se aplica exclusivamente en los casos de cierre total o parcial de alguna de las fábricas filiales o dependencias o por reducción de personal, no obstante, conforme la documental allegada al plenario, este no es el caso del accionante, teniendo en cuenta que tuvo lugar la terminación del contrato de trabajo sin justa causa y por decisión unilateral del empleador, fecha para la cual la compañía contaba con más de 2.242 trabajadores, de lo que se infiere que al despedir 4 trabajadores de un área de trabajo, no corresponde a un despido masivo como lo infiere el demandante, ni puede predicarse una reducción de personal.

5. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Se surte ante esta Corporación el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor del demandante, de conformidad a lo estipulado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la convocada Bavaria S.A. solicitó se confirme la sentencia proferida por el juez de primer grado.

7. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los motivos expresamente cuestionados por la parte activa, la Sala deberá establecer si con ocasión al despido sin justa causa, al demandante le asiste derecho al pago de 95 días de salario por cada año de servicio prestados conforme a lo establecido en la cláusula 14 del Pacto Colectivo 2019 – 2021 suscrito entre Bavaria y sus trabajadores.

II. CONSIDERACIONES

En virtud de los antecedentes expuestos y en consecuencia con lo dispuesto en el artículo 69 modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, procede esta Sala a estudiar el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la parte demandante:

Se encuentra fuera de discusión y acreditado en el plenario que: entre el señor William Alfonso Silva Tovar y la Sociedad Bavaria S.A. se suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 12 de junio de 2007 el cual terminó el 17 de julio de 2020 sin justa causa por decisión unilateral del empleador (f. 69 a 74 archivo 7), tal como lo aceptó la pasiva en la contestación de la demanda.

1. De la prestación convencional establecida en el artículo 14 del Pacto Colectivo 2019-2021.

El convocante a juicio señala que con ocasión a la terminación de su contrato de trabajo y el de 4 compañeros que laboraban en la misma sección de la empresa demandada, le asiste el derecho al pago de 95 días de salario por cada día trabajado y fracción, conforme lo contempla el artículo 14 del Pacto Colectivo que existe en la compañía convocada.

Bavaria S.A. alega que, para la procedencia de la cláusula extralegal aludida, debe ocurrir el cierre total o parcial de la fábrica, filial o dependencia o reducción de personal, como consecuencia de ello, se disponga el traslado de los trabajadores a otra dependencia, que el trabajador no acepte el traslado y decida retirarse voluntariamente de la empresa, presupuestos que no se configuraron en el presente caso.

El a quo absolvió de las súplicas de la demanda, tras considerar que no se aportaron elementos probatorios que permitieran establecer que la terminación unilateral del contrato de trabajo y sin justa causa obedeciera a un proceso de reducción de personal para activar la protección establecida en la disposición contenida en el pacto colectivo.

Dispone la clausula 14 del Pacto Colectivo de los Trabajadores de Bavaria S.A. y Cervecería del Valle S.A. 2019 – 2021 (f. 24 a 66 archivo 1):

“CIERRE DE FÁBRICAS O DEPENDENCIAS.

Exclusivamente para los casos de cierre total o parcial de alguna o algunas de sus fábricas, filiales o dependencias, o de reducción de personal, la Empresa trasladará a los trabajadores disponibles o cesantes a otras dependencias, si hubiere vacantes, y les dará un plazo de hasta doce (12) meses a partir de la fecha de notificación del traslado, para que en la nueva fábrica o dependencia se acoja a los beneficios de que trata esta cláusula. Si por alguna circunstancia el trabajador no acepta el traslado y decide retirarse voluntariamente de la empresa, tendrá derecho a que se le pague una suma de igual a noventa y cinco (95) días de salario básico por cada año de servicio y proporcional en caso de fracción de año. El reconocimiento de dicha suma, en ningún caso afectará el derecho a la pensión de del trabajador retirado.

Para el personal con salario integral dicha suma será de cincuenta (50) días de ingreso total por año de servicios para aquellos con una antigüedad inferior a 10 años de servicios, de sesenta (60) días de ingreso total por año de servicios para aquellos que tengan una antigüedad entre los 10 y los 15 años de servicios y de setenta (70) días de ingreso total por año de servicios para aquellos que tengan una antigüedad superior a los 15 años de servicios.

A los trabajadores que acepten ser trasladados, la Empresa les pagará el valor del transporte de él y de su familia incluidos sus enseres. Si el trabajador se acoge al beneficio de que trata esta Cláusula, es decir, el plazo de doce (12) meses, la Empresa igualmente pagará el valor del transporte de regreso en las condiciones estipuladas anteriormente”

Ahora, al resolver un caso de similares connotaciones, nuestro órgano de cierre en sentencia SL2715-2022, concluyó respecto de la cláusula 14 del Pacto Colectivo vigente en 2017 en Bavaria, que corresponde al igual contenido que aquí se estudia lo siguiente:

De lo transcrito, no se vislumbra abiertamente desacertado que el juez colegiado quedara a la espera de la demostración del cierre total o parcial de una fábrica, filial o dependencia, o de un proceso de reducción de personal, para activar la protección establecida en la disposición bajo estudio. Eso es lo que se infiere de la cláusula, en tanto empieza por advertir que se aplicará «exclusivamente» en esos supuestos.

En estricto sentido, no es posible afirmar que un proceso de reorganización empresarial, producto de la fusión de sociedades comerciales, que incluyó la redefinición de áreas y cargos, y que fue lo que percibió el juez colegiado, traduce automáticamente un cierre de dependencias, o la reducción de personal; era necesario, por tanto, que la censura argumentara sobre ese tópico y demostrara que el Tribunal realmente desapercibió, contra la evidencia, que se presentaron esas circunstancias específicas.

Desde esa perspectiva, el segundo cuestionamiento tampoco tiene vocación de éxito. La censura no se detiene en ningún medio de convicción en concreto para demostrar que, en efecto, se presentó un cierre de dependencias o la reducción

de personal. Insiste en que eso tiene que darse por descontado en vista de la reorganización empresarial, el cambio en la denominación de áreas y de roles laborales. Y, que así debe ser, porque esa situación afectó su nivel de reporte, su responsabilidad y crecimiento en la empresa, entre otros derechos protegidos por el pacto colectivo; cumple recordar, además, que el Tribunal no encontró prueba de esta afectación, y la recurrente no aporta elementos concretos para poner en duda dicha inferencia.

De nada sirve, entonces, que en el propósito de demostrar el tercer cuestionamiento, la impugnante acuda indiscriminadamente a la demanda y su contestación, las declaraciones de las partes y la comunicación que radicó el 1 de marzo de 2017, con el fin de solicitar la aplicación de la cláusula 14 del pacto colectivo, para insistir precisamente en que esta comunicación fue radicada «al mediodía», mientras que su despido se produjo horas después, a las 3 de la tarde.

[...]

En ese orden, la Corte no encuentra un error con el carácter de evidente en lo decidido por el Tribunal. Es decir, a partir de lo planteado en la acusación no es posible inferir, de manera clara, que la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa tuviera origen en el cierre de la dependencia en la que laboraba la demandante, ni en la reducción de personal.

[...]”

En este orden, esta Colegiatura advierte que para dar aplicación a la cláusula 14 del Pacto Colectivo, se debe configurar i) un cierre total de la fabrica o dependencia de la empresa o una reducción de personal que, en consecuencia, de lo anterior, ii) al trabajador se le ofrezca el traslado, éste no acepte y decida renunciar de manera voluntaria, adquiriendo con ello el derecho de 90 días de salario por cada año laborado.

Como prueba documental, además de la ya referida, se aportó i) Carta de terminación del contrato de trabajo del 17 de julio de 2020 por la cual se informa al demandante que se daba por finalizado el vinculo laboral de forma unilateral y sin justa causa conforme al artículo 64 del CST, igualmente, indicaron que la liquidación de prestaciones sociales y la indemnización de ley serian consignadas en su cuenta de nómina (f. 74 archivo 7) y, ii) Certificación de Bavaria S.A. de fecha 11 de agosto de 2021, por medio del cual consta que en el sistema de nómina y pagos de seguridad social con fecha de corte a 30 de julio de 2020, tenían 2.242 trabajares activos y 102 aprendices para un total de 2.344 (f. 117 archivo 7).

Del estudio en conjunto de los elementos de prueba, para esta Sala resulta fácil colegir que no le asiste derecho al promotor de la litis de las súplicas de la

demanda, toda vez que no aportó prueba alguna que diera cuenta de los presupuestos señalados en la cláusula convencional, si se tiene en cuenta que su reclamación se sustenta tan sólo en el hecho de la terminación de su contrato de trabajo sin justa causa, sin acreditar o si quiera ilustrar sobre el cierre de alguna dependencia de la empresa o la reducción de personal, pues al efecto tan sólo mencionó en los supuestos fácticos del escrito introductorio que 4 de sus compañeros de la misma sección de trabajo también fueron despedidos el mismo día que él, habiendo para ese momento 12 empleados en esa área, afirmación que no cuenta con respaldo probatorio, y que en todo caso, no resulta suficiente para enmarcar dicha situación como un despido colectivo según lo expone el accionante, pues dicha figura es entendida como la desvinculación de un porcentaje importante y representativo respecto del número de empleados de la empresa, y en cuyo caso correspondía al empleador solicitar autorización al Ministerio del Trabajo “...cuando el mismo afecte en un período de seis (6) meses a un número de trabajadores equivalente al treinta por ciento (30%) del total de los vinculados con contrato de trabajo al empleador, en aquellas empresas que tengan un número superior a diez (10) e inferior a cincuenta (50); al veinte por ciento (20%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cincuenta (50) e inferior a cien (100); al quince por ciento (15%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cien (100) e inferior a doscientos (200); al nueve por ciento (9%) en las que tengan un número de trabajadores superior a doscientos (200) e inferior a quinientos (500); al siete por ciento (7%) en las que tengan un número de trabajadores superior a quinientos (500) e inferior a mil (1000) y, al cinco por ciento (5%) en las empresas que tengan un total de trabajadores superior a mil (1000)” (Núm. 4 artículo 67 Ley 50 de 1990), porcentajes que no se probaron en este proceso, máxime cuando a la fecha del despido del señor Silva Tovar, Bavaria S.A. contaba con un total de 2.344. trabajadores activos, sin que de este modo se pueda concebir tampoco una reducción de personal. Tampoco se demostró por el actor que fuese trasladado a otras dependencias de la demandada, que no hubiere aceptado el traslado y que presentó renuncia al cargo, pues como se ha dicho, la terminación fue por decisión unilateral del empleador. Por todo lo anterior, que considera la Sala que hay lugar a confirmar la decisión objeto de consulta.

Sin costas en esta instancia.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia del 15 de mayo de 2023, emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO- SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

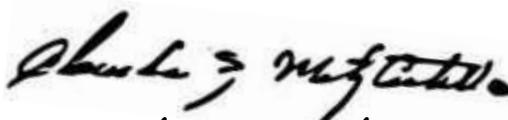
Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105003 2022 00062 01
Demandante: Hernando Durán Rey
**Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones -
Colpensiones.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Hernando Durán Rey por intermedio de apoderada judicial, demandó a la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, con el fin que le sean reconocidos los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, generados por la demora injustificada en el reconocimiento de su pensión de vejez, desde el 1° de mayo de 2018 hasta la fecha que se verifique su pago y, y costas. (f°. 2 y 3 archivo 1).

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamento fáctico de las súplicas, en síntesis, indicó que:

1. El 5 de marzo de 2021 solicitó el reconocimiento de su pensión de vejez bajo el radicado 2021_2628515.
2. El 25 de marzo de 2021 Colpensiones notificó de la Resolución SUB76649 de la misma calenda, por medio del cual le negaron el reconocimiento pensional.
3. El 2 de julio de 2021 petitionó nuevamente el derecho pensional bajo el radicado 2021_7548608, y el 21 de agosto del mismo año pidió la agilización del trámite.
4. Pasados 7 meses y medio desde la petición inicial, la demandada la notificó de la Resolución SUB276708 del 20 de octubre de 2021 al día siguiente 21, por la cual le reconocieron la pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de \$3'348.374 a partir del 1° de mayo de 2018.
5. Como consecuencia de lo anterior, se generó un retroactivo pensional a su favor por la suma de \$140'395.446, el cual se pagó el último día hábil de noviembre de 2021.
6. El 4 de febrero de 2022 reclamó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, negada mediante acto administrativo BZ2022_1448391-0289459 del mismo año.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Judiciales, el 21 de febrero de 2022 (f. 1 archivo 1), correspondiéndole por reparto al Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue admitida con proveído del 26 de julio de la misma anualidad (archivo 2), notificándose a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica el 2 de febrero de 2023 (archivo 4).

La Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- se pronunció oponiéndose a las pretensiones; aceptó todos los hechos de la demanda, a excepción del relacionado con el retroactivo generado a favor del accionante.

Como sustento de defensa adujo que reconoció al señor Durán Rey una pensión de vejez acorde con los preceptos legales, sin emerger saldos a favor por valor de intereses moratorios, los cuales proceden únicamente en caso de mora en el pago de mesadas pensionales a las que tenga derecho el pensionado, circunstancia que no se presenta en este caso, por cuanto no obra prueba idónea que acredite que la entidad se haya sustraído de dicha obligación. Formuló las excepciones denominadas prescripción, inexistencia de la obligación, improcedencia del reconocimiento y pago de los intereses moratorios e indexación, buena fe, imposibilidad de condena en costas, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, compensación y declaratoria de otras excepciones (archivo 5).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria, con la presentación de los alegatos de las partes, el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 26 de julio de 2023, dispuso (archivos 10):

PRIMERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, a reconocer y pagar al Demandante **HERNANDO DURAN REY**, la suma de **\$20.261.255**, por concepto de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, causados a partir del 5 de julio de 2021 y hasta el 31 de octubre de 2021, sobre el valor del retroactivo reconocido mediante Resolución SUB 276708 de octubre 20 de 2021, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de **PRESCRIPCIÓN** propuesta por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la demandada, las cuales se tasan en la presente diligencia en la suma de **\$1.500.000 PESOS**.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. NOTIFIQUESE

Como sustento de su decisión, el juzgador precisó en síntesis que, siguiendo la doctrina del precedente vertical de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en especial la del 13 de junio del año 2012, dentro del radicado 42.783, los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 del estatuto de la seguridad social, proceden como consecuencia del no pago oportuno de las

mesadas pensionales causadas, sin que en ningún evento deba verificarse si la demandada actuó o no de buena fe, pues los mismos tienen carácter resarcitorio y no sancionatorio, para mitigar los efectos adversos que produce el acreedor en la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. En ese orden de ideas, proceden los intereses moratorios los cuales se causan una vez vence el plazo que por ley tiene la entidad para resolver la solicitud del derecho reclamado, que en este caso tuvo lugar el 5 de marzo del año 2021, la cual fue negada, en principio conforme a la Resolución n°. SUB76649 del 25 de marzo del mismo año, y que finalmente fue reconocida a través del acto administrativo SUB276708 del 20 de octubre del 2021 a partir del 1° de mayo del año 2018; de suerte que, desde el 5 de marzo de la anualidad citada, la administradora de pensiones tenía 4 meses para resolver la solicitud, por lo que los intereses moratorios corren a partir del 4 de julio. En la resolución de reconocimiento pensional se genera el pago de un retroactivo con inclusión en nómina de pensionados en el mes de noviembre del año 2021, por lo que procedió a liquidar los aludidos intereses a partir de ese 4 de Julio y hasta el 30 octubre de 2021, teniendo en cuenta el retroactivo de \$140'395.446, lo que arroja un valor por reconocer de 20'261.255 pesos.

Respecto de la excepción de prescripción, señaló que no transcurrieron tres años desde la presentación de la reclamación, 5 de marzo del año 2021 hasta la radicación de la demanda que tuvo lugar en 2022, razón por la cual, se declara no probada esa excepción de prescripción.

5. APELACIÓN

Inconformes con la decisión, las partes interpusieron sendos recursos de apelación:

Hernando Durán Rey solicitó que se tase el retroactivo pensional no hasta el 30 de octubre de 2021 sino hasta el 30 de noviembre del mismo año, teniendo en cuenta que Colpensiones realmente pagó el retroactivo pensional el 1° de diciembre de 2021, tal como lo señaló la resolución que reconoció la pensión, por lo que solicita se modifique únicamente la fecha hasta la cual se liquidó este concepto.

Colpensiones adujo que no existe mora o retardo en el pago de las mesadas pensionales ya reconocidas, toda vez que los citados intereses proceden exclusivamente a partir del acto administrativo mediante el cual se reconoció el derecho pensional, es decir, desde el ingreso a nómina de pensionados, situación que no se presenta en este escenario. Igualmente solicitó se tenga en consideración que previo a la emisión de la resolución del reconocimiento de la prestación, hubo todo un procedimiento administrativo, en cumplimiento del debido proceso, por cuanto la entidad se encuentra ceñido a unas reglamentaciones a las cuales no podía supeditarse en esos términos.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, ninguna de las partes se pronunció.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPT y de la SS y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en aquellos puntos no cuestionados por la entidad, corresponde a la Sala dilucidar, *i)* si hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en caso afirmativo *ii)* si erró el a quo en ordenar su pago hasta el 31 de octubre de 2022, o si por el contrario corrían hasta el 30 de noviembre del mismo año y si *iii)* procedía declarar no probada la excepción de prescripción.

II. CONSIDERACIONES

Se encuentra fuera de discusión, y se extrae de la documental obrante en el plenario que mediante Resolución No. SUB276708 del 20 de octubre de 2021 se reconoció pensión de vejez a favor del señor Hernando Durán Rey a partir del 1° de mayo de 2018 en cuantía de \$3'348.774, bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, con un total de retroactivo a pagar de \$158'125.846 , al cual se le efectuaron los descuentos en salud, para un saldo a entregar de \$140'395.446,

con ingreso a nómina en el periodo de noviembre de 2021 que se paga el último día hábil del mismo mes. (f. 25 a 34 archivo 1).

1. De los intereses moratorios

Censura la demandada la condena impuesta por concepto de intereses moratorios, pues considera que aquellos operan tan solo cuando se adeuda alguna mesada pensional, lo que no acontecido en el caso de la convocante, pues desde su reconocimiento no ha existido retardo alguno en el pago de las mismas.

Al respecto de los intereses moratorios, cumple recordar que el artículo 141 de la ley 100 de 1993, dispone:

“A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratoria vigente en el momento en que se efectúe el pago efectúe el pago.”

El artículo 9° de la Ley 797 de 2003 dispuso que las administradoras de pensiones encargadas de reconocer la pensión de vejez tienen un tiempo no superior a cuatro (4) meses para resolverla, después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

La procedencia de intereses moratorios en casos de controversia pensional es indiscutible por la situación de vulnerabilidad que cobija este sector específico, razón por la cual el ordenamiento jurídico por medio de la propia constitución señala que *“El Estado garantiza el derecho al pago oportuno...de las pensiones legales”* y a la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP).

Se recuerda que la consecuencia consagrada en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no tiene carácter sancionatorio sino resarcitorio, pues procura aminorar los efectos adversos que, la demora del deudor en el cumplimiento de las

obligaciones produce al acreedor, independientemente de las razones que aduzca para justificarla. También se ha considerado que no es una regla absoluta, y que se admite ciertos eventos en los cuales no procede su imposición, porque la negativa de la entidad deudora estuvo válidamente justificada (CSJ SL704-2013), por ejemplo, cuando se amparó en la aplicación del ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación, y después se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial (CSJ SL787-2013).

Sobre el tema de la exoneración del pago de intereses por mora en el reconocimiento de pensiones, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia más reciente, SL1921-2023, estableció:

En lo que respecta a los intereses moratorios que requirió el demandante en su alzada, en lugar de la indexación del retroactivo que ordenó la sentencia de primera instancia, debe recordarse que de vieja data esta Corporación ha enseñado que, por regla general, los intereses moratorios proceden cuando existe retardo en el pago de las mesadas pensionales, en tanto que las entidades de seguridad social se encuentran obligadas a su reconocimiento y cancelación oportuna, como lo dispone el artículo 53 superior. En ese orden, el legislador lo contempló como una medida para reparar los efectos ocasionados por la cancelación tardía de la pensión a la que hubiere lugar y no como una sanción al deudor, por lo que su naturaleza es netamente resarcitoria y no sancionatoria (CSJ SL13388- 2014 y CSJ SL7893-2015).

En ese sentido, su imposición no está sometida a estudiar la conducta de la administradora de pensiones o si su actuar estuvo revestido de buena fe, incluso es ajeno a Radicación n.º 89918 SCLAJPT-10 V.00 34 «las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas», pues solo basta con que se verifique una tardanza en el desembolso de las respectivas mesadas pensionales (CSJ SL10728-2016, CSJ SL662-2018 y CSJ SL1440-2018).

Por consiguiente, se ha instruido que los intereses moratorios se generan de manera objetiva por la ausencia de pago de la prestación pensional, una vez vencido el término legal para su otorgamiento.

Sin embargo, es cierto que se ha previsto una serie de eventos en los que se exceptúa de los mismos, pues su proceder no se puede calificar de arbitrario o caprichoso, como cuando: i) se actúa en acatamiento de la disposición legal aplicable, sin poder prever futuros análisis o cambio de criterio jurisprudencial (CSJ SL3087-2014, CSJ SL16390- 2015, CSJ SL2941-2016 y CSJ SL984-2019); ii) existe conflictos entre posibles beneficiarios o titulares de la prestación, que deben ser atendidos por la jurisdicción ordinaria (CSJ SL1399-2018y CSJ SL4599-2019); iii) se trata de pensiones convencionales (CSJ SL16949-2017) y, iv) el cambio de jurisprudencia.

Igualmente, en providencia SL1642-2023, la misma corporación sostuvo:

Ahora, esta Sala también ha dicho que, por vía de excepción, las administradoras de pensiones se exoneran del pago de los intereses moratorios,

cuando quiera que se produce alguna de las siguientes situaciones: i) la administradora de pensiones niega el derecho con apego minucioso a la ley vigente aplicable al caso concreto; ii) cuando el reconocimiento de la prestación obedece a un cambio de criterio jurisprudencial que obviamente dicha entidad no podría prever para la época en que le fue presentada la solicitud prestacional; o iii) cuando la administradora niega la prestación pensional por existir disputa entre sus posibles beneficiarios (CSJ SL787-2013, rad. 43602; SL10504-2014, rad. 46826, SL10637-2015, rad. 43396 y SL1399-2018, rad. 45779), situaciones que no son predicables en el presente asunto, dadas las circunstancias fácticas y fundamentos jurídicos que lo rodearon.

Con todo, corresponde a la demanda acreditar tales supuestos a efectos de extenderse eximido, pues en caso de que no se advierta su configuración, cuando se reconoce y paga tardíamente la pensión, pese al reclamo correspondiente, resulta viable ordenar el pago de los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales adeudadas.

De las pruebas obrantes en el proceso esta Sala observa que:

En sentencia del 11 de diciembre de 2019 el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario No. 2019-618 declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado por el señor Hernando Durán Rey del RPM al régimen de ahorro individual, ordenó a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con los rendimientos financieros y a ésta entidad, a aceptar dicha transferencia y a contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas en el RAIS, decisión confirmada por este Tribunal en sentencia del 30 de junio de 2020 (f. 69 a 81 archivo 5).

La solicitud pensional se radicó ante Colpensiones el 5 de marzo de 2021, negada mediante Resolución SUB76649 del 25 de marzo del mismo año bajo el argumento que el convocante no acreditó el número exigido de semanas para acceder al derecho. (f. 18 a 20 archivo 12).

Mediante oficio del 10 de junio de 2021, la Administradora del RPM informó al demandante que, por orden de tutela, se cargaron a su historia laboral los ciclos de marzo de 1995 hasta abril de 2018, los cuales están reportados acorde a la información remitida por Porvenir S.A. (F. 88 a 90 archivo 5).

El 2 de julio de 2021 el convocante radicó nuevamente la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, otorgada mediante acto administrativo SUB276708 del 20 de octubre de la misma anualidad, a partir del 1° de mayo de 2018, al cerciorarse que el señor Durán Rey cumple con la totalidad de semanas para acceder al derecho, pues contaba con un total de 1.447, además, que para la fecha tenía 66 años.

Así las cosas, advierte esta Corporación que, la solicitud inicial de pensión de vejez se radicó el 5 de marzo de 2021, por lo que Colpensiones, tenía hasta el 5 de julio de la misma anualidad para reconocer la pensión en caso de acreditar su causación, frente a lo cual, no existe discusión que al accionante le asistía el derecho desde el 1° de mayo de 2018, sin embargo, la prestación se resolvió favorablemente tan sólo hasta la expedición del acto administrativo SUB2767087 del 20 de octubre de 2021, notificado al siguiente día (f. 25 a 34 archivo 1), superando los cuatro (4) meses que tenía para ello.

Así las cosas, no se evidenció configurado ninguno de los escenarios que eximieran a la convocada, toda vez que en la primera oportunidad que negó la pensión de vejez, Colpensiones no tuvo en cuenta los periodos cotizados por el accionante en el RAIS, a pesar de existir decisión judicial, en la cual se ordenaba incluir dicho tiempo para efectos pensionales como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen, y fue tan sólo después, por orden de tutela que cargó al sistema los ciclos correspondientes y accedió con la segunda solicitud del actor a la pensión de vejez reclamada, advirtiéndose entonces un retardo injustificado de la convocada a juicio, conforme lo cual, le correspondía reconocer los intereses moratorios causado a favor del propulsor de la presente acción.

Por lo anterior proceden los aludidos intereses a partir del 5 de julio de 2021, fecha en que se cumplieron los 4 meses con que contaba la entidad para reconocer la prestación, y en ese sentido se confirmará la decisión.

2. Del cálculo de los intereses moratorios

La parte demandante considera que los intereses moratorios deben pagarse hasta el 30 de noviembre 2022, como quiera que el pago efectivo tuvo lugar el

1° de diciembre de la referida anualidad.

Al punto, se advierte que las mesadas pensionales reconocidas se ingresaron en la nómina del periodo de noviembre de 2021, la cual se pagó el último día hábil del mismo ciclo, es decir el 30 de ese mes y año, bajo ese entendido, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, señala que los intereses moratorios se pagan “a la tasa máxima de interés moratoria vigente **en el momento en que se efectúe el pago**”, de modo que, es claro que la fecha de la cancelación efectiva de la prestación tuvo lugar el 30 de noviembre de 2021, por lo que hasta dicha data correrán los referidos intereses, y en ese sentido se modificará la decisión objeto de apelación, toda vez que el juez de primer grado tuvo una fecha anterior, esto es, 31 de octubre del mismo año.

Efectuadas las operaciones aritméticas con apoyo al Liquidador asignado a esta Corporación, y teniendo en cuenta el retroactivo de las mesadas pensionales del 1° de mayo de 2018 a 30 de noviembre de 2021 reconocido por Colpensiones en cuantía total de \$158'125.846, se obtiene por concepto de intereses moratorios del 5 de julio al 30 de noviembre de 2021 una suma de \$13'862.046:

Tabla Liquidación de Intereses Moratorios con					Fecha de Corte		30/11/2021
Mesada Causada	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días en mora	Interés moratorio anual	Tasa de interés de mora diario	Capital	Subtotal Interés
DESDE 01-05-2018 A 30-06-2021	05/07/21	30/11/21	149	25.91%	0.0631%	\$ 139,904,301	\$ 13,162,510.00
jul-21	01/08/21	30/11/21	122	25.91%	0.0631%	\$ 3,644,309	\$ 280,735.00
ago-21	01/09/21	30/11/21	91	25.91%	0.0631%	\$ 3,644,309	\$ 209,401.00
sep-21	01/10/21	30/11/21	61	25.91%	0.0631%	\$ 3,644,309	\$ 140,367.00
oct-21	01/11/21	30/11/21	30	25.91%	0.0631%	\$ 3,644,309	\$ 69,033.00
nov-21	01/12/21	30/11/21	0	25.91%	0.0631%	\$ 3,644,309	\$ 0.00
Total intereses moratorios							\$ 13,862,046.00

Como quiera que el valor obtenido es inferior al arrojado por el juez de primer grado correspondiente a \$20.261.255, en ese sentido se modificará, dado que se estudia este aspecto igualmente en grado de consulta a favor de Colpensiones.

3. Prescripción.

Finalmente, de conformidad con los artículos 151 del CPT y de la SS y 488 y 489 del CST, el fenómeno de la prescripción extintiva opera por la no

reclamación del derecho dentro de los tres años siguientes al momento en que surge la respectiva obligación, la cual se puede interrumpir con el simple reclamo escrito del afiliado, por una sola vez, oportunidad desde la que comienza a contarse de nuevo el trienio señalado en las disposiciones citadas.

Así las cosas, se advierte en el caso particular que el derecho se hizo exigible el 25 de julio de 2021 y la demanda se radicó el 21 de febrero de 2022 (f. 1 archivo 1), sin que en ese lapso transcurriera el término trienal prescriptivo.

4. Costas.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada, debido al resultado desfavorable del recurso de alzada. Sin costas a cargo de la parte actora, dado que se despachó de forma favorable el recurso de alzada.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 26 de julio de 2023 por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, a reconocer y pagar al Demandante **HERNANDO DURAN REY**, la **suma de \$13'862.046** por concepto de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, causados a partir del 5 de julio de 2021 y hasta el 30 de noviembre de 2021, sobre el valor del retroactivo reconocido mediante Resolución SUB 276708 de octubre 20 de 2021, en atención a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - TERCERO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO –Costas en esta instancia a cargo de la demandada. Fijense como agencias en derecho la suma de un (1) smmlv.

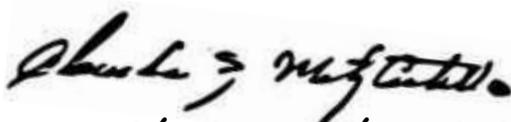
Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105029 2020 00139 01

Demandante: Willie Joan Buitrago Leguízamo

Demandado: Transportes Logísticos Lanyer S.A.S.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Willie Joan Buitrago Leguízamo, por medio de apoderado judicial demandó a la sociedad **Transportes Logísticos Lanyer S.A.S.** con el fin que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido, en el cargo de conductor, con una remuneración mensual de \$2'000.000, el cual fue terminado sin justa causa por parte del empleador el día 9 de marzo de 2019, encontrándose en incapacidad.

En consecuencia, reclama el pago de: i) prestaciones sociales, ii) seguridad social, iii) indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo

64 del CST, iv) 180 días de salario por haber sido despedido sin la respectiva autorización del Ministerio del Trabajo, v) sanción moratoria y, vi) costas.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones, en síntesis, señaló que:

1. El 23 de mayo de 2017, por medio de contrato verbal a término indefinido, inició a laborar con la empresa Transportes Logísticos Lanyer S.A.S., desempeñando el cargo de conductor de vehículo de carga pesada tipo TRACTOMULA de placas YAQ 357 de Mosquera Cundinamarca, con operación de rutas a nivel nacional.
2. Se pactó una remuneración salarial de \$2'500.000 mensuales más comisiones por buen desempeño en el trabajo.
3. Ejecutó el trabajo de manera responsable, atendiendo las instrucciones del empleador, recibiendo la remuneración económica por la labor encomendada, cumpliendo con los horarios de trabajo impuestos, sin que se llegare a presentar queja alguna o llamado de atención.
4. El 9 de marzo de 2019 fue despedido sin justa causa, después de haber sufrido un accidente de tránsito en el vehículo TRACTOMULA de placas YAQ 357 en la vía a la costa, más exactamente en el cruce de Ciénaga Magdalena, debido al sobrepeso que la empresa le exigía al conductor para transportar.
5. Como consecuencia del accidente, sufrió politraumatismo en todo su cuerpo, y estuvo hospitalizado hasta el 7 de abril de 2019.
6. Teniendo en cuenta que el empleador no lo tenía afiliado a seguridad social, no hubo EPS que respondiera por el pago de la incapacidad y tampoco fue asumido por la empresa.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue radicada en el Centro de Servicios el 20 de septiembre de 2019 (f. 88 archivo 01), la cual le fue asignada al Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, quien mediante auto del 5 de noviembre de 2020 la admitió después de subsanada (f. 106 archivo 1).

La convocada a juicio procedió a contestar el libelo, oponiéndose a las pretensiones, y en cuanto a los hechos refirió que no eran ciertos o que no les constaban. Como fundamento de su defensa adujo que entre las partes nunca existió una relación laboral, pues el actor nunca prestó servicios a su favor. Formuló las excepciones que denominó inexistencia de las obligaciones laborales, mala fe del demandante, enriquecimiento ilícito, enriquecimiento sin causa, cobro de lo no debido, buena fe de la sociedad demandada y la innominada (archivo 7).

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia del 23 de agosto de 2023, acorde con la siguiente parte resolutive (archivo 11):

“PRIMERO; ABSOLVER a la demandada TRANSPORTES LOGISTICOS LANYER S.AS. de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor WILLIE JOAN BUITRAGO LEGUIZAMON.

SEGUNDO: CONDENAR al demandante WILLIE JOAN BUITRAGO LEGUIZAMON En costas del proceso incluyendo como agencias en derecho la suma de \$ 100.000

TERCERO: CONSULTAR el presente fallo ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral por resultar adverso al trabajador

Para arribar a dicha conclusión, señaló en apretada síntesis que del estudio de los medios de prueba, no se demuestra la prestación personal del servicio durante el lapso que aduce el accionante, y lo que sí se observa es que éste condujo el vehículo de placas YAQ 357, el cual no es de propiedad de la empresa convocada, sino de la señora Beisy Johana Niño Leguízamo, igualmente, que la carga transportada por el actor, lo era en favor de diferentes empresas, sin que fuera la única, la sociedad aquí demandada, respecto de la cual tan sólo realizaron 4 viajes, en enero y diciembre de 2018. En ese orden considero que no existen pruebas que permitan determinar que entre las partes hubiese existido un contrato de trabajo.

5. RECURSO DE APELACIÓN

La decisión de primera instancia fue objeto del recurso de apelación por la parte actora, tras aducir que no hay ausencia de responsabilidad para la entidad demandada, teniendo en cuenta que la suplente Beisy Johana Niño Leguízamo era la encargada de direccionar la empresa. Agregó en su literalidad que:

“Si nos vamos a la realidad, sí existió un contrato, y en este caso usted sabe que los contratos se dividen en contratos verbales y por escrito... y en este caso el contrato claramente está evidenciado es un contrato verbal donde la empresa, solidariamente la señora Beisy que para la fecha laboraba con la empresa Lanyet y todo el ejercicio que se llevaba a cabo para tal fecha, era sujeto y solidariamente mancomunado con la entidad, en este caso, con la empresa Lanyet, y por tal motivo apelo la decisión, teniendo en cuenta que no me parece justo, toda vez que mi prohijado en un accidente de tránsito cumpliendo labores para la entidad como tal en este caso Lanyet, y con los elementos probatorios que le estoy demostrando.. con imágenes y si se puede dar cuenta, prácticamente... lo que le faltó a él... ese muchacho está vivo es de milagro; como tal usted se puede dar cuenta en las imágenes la tractomula que es dueña para esa fecha, incluso para el momento todavía es dueño la empresa Lanyet como tal, o perdón, la señora Beisy Johana que trabajaba para la empresa...”

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte demandada se pronunció solicitando mantener incólume la decisión al no acreditarse con el material probatorio aportado, la prestación del servicio del demandante a su favor.

La parte activa adujo que Beisy Johana Niño Leguízamo fue quien contrató al demandante de manera verbal para el cargo de conductor para que cumpliera con los movimientos de la carga a nivel nacional con la tractomula de placa YAQ 357 de su propiedad, con la cual el actor casi pierde la vida debido al sobrepeso que el vehículo cargaba, con base en lo anterior, no está de acuerdo con la decisión, pues solicita que se condene solidariamente a la señora Lilia Alcira Leguízamo

dueña de la empresa Transportes Logísticos Lanyer S.S.-, y a la señora Beisy Johana Niño Leguízamo, ésta última quien aceptó en el interrogatorio de parte que sí existió la relación laboral con el demandante, por tal motivo y en vista de que no se sigan vulnerando los derechos laborales de éste, solicitó analizar y fallar ultra petita, otorgándole cada una de las pretensiones declarativas y condenatorias expuestas en el escrito de demanda.

7. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los motivos expresamente cuestionados por la parte actora, la Sala deberá establecer la existencia de la relación laboral, regida por contrato de trabajo verbal entre las partes; o si, por el contrario, como lo concluyó el juzgador de primer grado, no se demostró prestación del servicio, por lo tanto, no hay lugar a la aplicación de la presunción del artículo 24 del CST.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la promotora del juicio.

1. De la existencia del contrato de trabajo.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, reza que, a la hora de expedirse un estatuto del trabajo, se deben tener en cuenta unos principios fundamentales mínimos, tales como:

“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales ...” (Resaltado de la sala).

Por otro lado, en el artículo 4° de la Recomendación 198 de la OIT, se insta al Estado a incluir medidas tendientes a:

“(a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes...”

Además, se contempló en el artículo 13, del citado escrito que:

“...Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador. ...”

A su turno, el artículo 22 del CST lo define así: *“es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración”*, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado en *“múltiples oportunidades, que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, constituye un elemento cardinal de nuestro ordenamiento jurídico laboral, el que se encuentra consagrado en el artículo 53 de la CN, con sustento en el cual los jueces pueden dejar a un lado las formas convenidas por las partes de una relación contractual para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las*

condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado, por lo que si de dichas circunstancias se evidencia el elemento de la subordinación característico de un contrato de trabajo, se impone derivar de ello, las consecuencias jurídicas que prevé la ley” (CSJ SL3564-2021).

En ese orden, la prestación personal del servicio corresponde acreditarla a quien reclama su existencia, la cual debe surgir de la contratación directa de quien se afirma fungió las veces de empleador, durante todo el lapso que reclama la vigencia del vínculo, realizada no por iniciativa propia de quien la ejecutó, sino bajo la supervisión, vigilancia, control, dirección y órdenes que para el efecto disponga o prevea el contratante, para enrostrarle la calidad de empleador; de ahí, que por previsión legal, demostrada la prestación personal del servicio, se presume la existencia del contrato de trabajo, como lo consagra el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo.

Entonces, es claro que, no sólo en virtud del artículo 24 del CST, sino por cuenta del artículo 53 Superior, también denominado principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, que al trabajador le basta inicialmente acreditar el primer requisito contenido en el artículo 23 del CST, esto es, la prestación personal del servicio, acreditado ese elemento, se presume la existencia del vínculo laboral, por así disponerlo el legislador en el artículo subsiguiente, quedando en cabeza del empleador, desvirtuar dicha presunción, que el juez de manera automática no puede basarse en el contrato que éste aduzca, o la documental que en forma nominada señala que el contrato fue de prestación de servicios u otra naturaleza; así como tampoco atenerse a la calificación que los testigos hagan de esa relación como una forma de ratificar una pregunta que lleva implícita la respuesta, sino de los hechos concretos, que en cuanto modo, tiempo y lugar, realmente permitan establecer las características de la relación, ya que, si bien en un principio las partes pudieron acordar los términos de una relación independiente, eso no obsta para que en el lapso de aquélla exista una transformación que implique la subordinación del contratista, o aun habiendo acordado tales términos, se hizo como una manera de desconocer los derechos laborales. Por esa razón, se exige el análisis conjunto de las pruebas para establecer si realmente lo acreditado por el supuesto empleador tiene el mérito de desvirtuar con tal firmeza la presunción de la relación laboral a favor del trabajador.

Cabe agregar, que con la introducción de nuevos elementos en las estructuras empresariales y la forma como ha avanzado la contratación, el elemento de la subordinación debe mirarse desde otra óptica, esto es, de manera contextualizada; de ahí que, en aras de dilucidar ese aspecto, como se dijo atrás, la Recomendación 198 de la OIT, compiló un haz de indicios, que permite identificar en qué eventos, la forma como se desarrolló la labor encaja o no en una relación laboral.

Así, tal como quedó reseñado en la sentencia CSJ SL1439-2021, se han identificado ciertos criterios, como la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020); sin que, con esta relación, se entienda completada la labor de identificación de esos elementos propios de subordinación, pues, pueden ir surgiendo nuevas circunstancias, que sumadas en la forma como se fue desarrollando la relación, permitan verificar que la contratación en realidad fue laboral.

2. Caso concreto.

En el caso a estudio, se aportaron como pruebas documentales las siguientes:

Acta de declaración con fines extraprocesales rendida el 12 de junio de 2019 por el declarante José Antonio Alviadez Fuentes ante la Notaria 7ª de Bogotá, donde declaró conocer desde hacía 20 años al señor Willie Joan Buitrago Leguízamo y por tal razón le constaba que, desde el 23 de mayo de 2017 hasta el 9 de marzo

de 2019, laboró para la empresa Transporte Logísticos Lanyer S.A.S., que dentro de sus funciones estaba la de transportar carga con diferentes tractomulas propias de la empresa, en distintos horarios diurnos y nocturnos. (f. 13 archivo 1).

Acta de declaración extra juicio con fines extraprocesales rendida por la señora Yurani Andrea Morales Martínez el 11 de junio de 2019 ante la Notaria 74 del Círculo de Bogotá, por la cual manifestó que el 9 de marzo de 2019 el señor Willie Joan Buitrago Leguízamo se encontraba trabajado para la señora Beisy Johana Niño Leguizamo, cuando tuvo un accidente de tránsito conduciendo el vehículo tractomula, marca VOLVO, placas YAQ357, de propiedad de la señora Beisy, lo que le provocó dislocación en la rodilla izquierda, se comprometieron nervios y ligamentos cruzados, se sumieron sus costillas y fisuró la escápula izquierda pero no lo tenían asegurado contra algún riesgo. (f. 15 archivo 1).

Consulta de automotores del RUNT, correspondiente a la placa de vehículo YAQ357: estado activo, tipo de servicio público, clase de vehículo tracto camión, marca Volvo, modelo 2004, con fecha de matrícula inicial el 1° de enero de 2005 (f. 18 y 19 archivo 1).

Historia clínica del demandante de fechas 9, 11, 12 y 14 de marzo y 3 de abril de 2019 por motivo de politraumatismo en accidente de tránsito, “masculino de 20 años de edad ingresa en compañía de paramédico ruta del sol por presentar politraumatismo en accidente de tránsito mientras conducía tractomula. El paciente presenta múltiples contusiones por aplastamiento. Ingres a al servicio de urgencias consciente, alerta, orientado, en camilla en compañía de paramédico con collar cervical” (f. 20 a 58, f. 70 a 72 archivo 1).

Certificado de incapacidades del paciente Willie Joan Buitrago Leguízamo expedido por la Fundación Policlínica con fecha de inicio 9 de marzo de 2019 y de terminación el 7 de abril del mismo año (f. 61 archivo 1).

Certificado de gastos de la Fundación Policlínica Ciénaga, de los servicios prestados al paciente Willie Joan Buitrago por valor de \$11'471.700 (f. 64 archivo 1) y consulta de datos de la póliza del vehículo – SOAT vigente de 23 de abril de 2018 a 22 de abril de 2019 (f. 75 archivo 1).

Imágenes que según lo indicado en la demanda corresponden al accidente sufrido por el actor el 9 de marzo de 2019, (f. 76 a 79 archivo 1).

Certificación de afiliación de la ARL Positiva, por la cual consta que el señor Willie Joan Buitrago Leguizamo registra afiliación con el empleador Cooperativa de Transporte Ciénaga de Oro COOTRANSCORO, con fecha de última cobertura el 21 de septiembre de 2017 sin fecha de retiro, en el cargo de conductor (f. 6 archivo 8)

Certificado suscrito el 29 de abril de 2022 por el contador público de la empresa Transportes Logísticos Lanyer S.A.S., por el cual consta que no registra ningún pago existente por concepto de nómina, facturas o documentos equivalentes a favor de Willie Joan Buitrago Leguizamo (f. 21 archivo 7).

Certificado del 29 de abril de 2022 firmado por Adriana agredo González del área de recursos humanos de la sociedad accionada, informando que el señor Buitrago Leguizamo no registra en la nómina como empleado o contratista, por lo cual no registra ningún pago a su nombre (f. 22 archivo 7).

Listado manifiestos electrónicos de carga vehículos expedido por el Ministerio de Transporte, en donde se relaciona la cédula de ciudadanía del aquí demandante, 1.031.151.452 periodos 2018 y 2019, conforme se ilustra (F. 24 archivo 7):



CONSULTA EXPEDICION MANIFIESTOS DE CARGA.
No. 372035 de 29/04/2022 7:28:02 a. m.

El Ministerio de Transporte informa que una vez consultado el Registro Nacional de Despacho de Carga - RNDC, con base en la información reportada por las Empresas de Transporte, sobre la Cédula del conductor 1031151452 se evidencia la siguiente información de expedición de manifiesto de carga, entre el periodo de radicación 2017/05/17 al 2019/04/29

Nro. Radicado	Nro. Manifiesto	Fecha Hora Radicación	Nombre Empresa Transportadora	Origen	Destino	Cédula Conductor	Placa	Placa Remolque	Fecha Expedición
28260251	10004705	2018/01/03 18:49:08	TRANSPORTES LOGISTICOS	BARRANQUILLA ATLANTICO	SANTA MARTA MAGDALENA	1031151452	UYX879	R15214	2018/01/03
28414963	10004736	2018/01/11 17:35:20	TRANSPORTES LOGISTICOS	BARRANQUILLA ATLANTICO	SANTA MARTA MAGDALENA	1031151452	UYX879	R25564	2018/01/11
28937726	000021263	2018/02/03 14:34:33	MULTITRANSPORTES LOGISTICO	BARRANQUILLA ATLANTICO	SANTA MARTA MAGDALENA	1031151452	UYX879	R25564	2018/02/01
36016721	0002000003826	2018/11/29 08:15:13	MOTOTRANSPORTES S.A.S.	GUACHETA CUNDINAMARCA	BARRANQUILLA ATLANTICO	1031151452	XKG187	R01225	2018/11/27
36090120	10007014	2018/12/01 14:50:31	TRANSPORTES LOGISTICOS	BARRANQUILLA ATLANTICO	BOGOTA BOGOTA D. C.	1031151452	XKG187	R01255	2018/12/01
36202543	0002000003843	2018/12/06 10:29:29	MOTOTRANSPORTES S.A.S.	GUACHETA CUNDINAMARCA	BARRANQUILLA ATLANTICO	1031151452	XKG187	R01225	2018/12/04
36322884	10007083	2018/12/11 11:58:34	TRANSPORTES LOGISTICOS	BARRANQUILLA ATLANTICO	BOGOTA BOGOTA D. C.	1031151452	XKG187	R01255	2018/12/11
36559847	0002000003869	2018/12/19 14:55:22	MOTOTRANSPORTES S.A.S.	GUACHETA CUNDINAMARCA	BARRANQUILLA ATLANTICO	1031151452	XKG187	R01225	2018/12/15
36732672	10007165	2018/12/27 17:40:01	TRANSPORTES LOGISTICOS	BARRANQUILLA ATLANTICO	BOGOTA BOGOTA D. C.	1031151452	XKG187	R01225	2018/12/27
37954284	MB2719.	2019/02/18 16:17:16	GUERRERO TRANSPORTADO	BOGOTA BOGOTA D. C.	BARRANQUILLA ATLANTICO	1031151452	YAQ357	R20390	2019/02/16
38362141	MB2821	2019/03/06 16:48:06	GUERRERO TRANSPORTADO	BOGOTA BOGOTA ATLANTICO	VALLEDUPAR CESAR	1031151452	YAQ357	R20390	2019/03/06

Listado de manifiestos electrónicos de carga del vehículo YAQ357, consultados para el periodo 2017 al 2019, en donde se evidencia como cédula del conductor la No. 79.976.337, una diferente del demandante, entre 14 de julio de 2017 y el 9 de febrero de 2019, y para el 16 de febrero y 6 de marzo de 2019 registra el actor como conductor del vehículo (f. 25 a 28 archivo 7):

Manifiestos Electrónicos de Carga Número: 28260251 y 28414963 de fechas 11 y 13 de enero de 2018 para el viaje Barranquilla – Atlántico, Santa Marta – Magdalena, titular Willie Joan Buitrago Leguizamo, vehículo placa UYX879, tenedor del vehículo Luz Helena Hincapié Cardona, conductor el señor Buitrago Leguizamo, transportadora Transportes Logísticos Lanyer (f. 29 y 30 archivo 7)

Manifiestos Electrónicos de Carga Número 36090120, 36322884, y 36732672, de las rutas Barranquilla Atlántico – Bogotá Distrito Capital, vehículo placa XKG187, tenedor José Luis Villanueva Galeano, conductor el aquí demandante, y transportadora Transportes Logísticos. (f. 31 a 32 archivo 7).

Histórico del vehículo YAQ357 generado el 14 de agosto de 2023 por el Registro Único Nacional de Tránsito, donde se identifica como propietario desde el 20 de octubre de 2011 a la señora Beisy Johana Niño Leguizamón. (f. 4 a 7 archivo 15).

Como prueba declarativa se practicaron los interrogatorios de las partes: La **representante legal** de la sociedad demandada, Lilia Alcira Leguizamo, señaló que distingue al demandante porque es su sobrino, no tuvo relación laboral con él, y la tractomula YAQ357 no es de propiedad de la empresa. **Willie Johan Buitrago Leguizamo** afirmó que trabajó como empleado de Beisy Johana Niño Leguizamo mediante contrato verbal, pero le cargaba a la sociedad Lanyer. No está seguro si para el 6 de marzo de 2019 fue despachado por Transportes Logísticos Lanyer, sólo recuerda que en ese mes realizó viajes para la empresa Almasa, pues eso lo manejaba la señora Beisy quien era la persona encargada de despachar esos viajes. Para cada salida se expedía un manifiesto económico de carga donde se evidencia la empresa por la cual fue despachado, y la demandada aparece en tres o cuatro viajes. Señaló que su trabajo era intermitente, es decir que una persona tiene una tractomula y la empresa Lanyer le daba la carga. Al indagarle el por qué transportó para otras empresas como Transportadora Guerrero, MOTOTRANSPORTAMOS S.A.S entre otras, señaló que fue contratado

por la señora Beisy, era la que mandaba a qué transportadora iba, y aceptó que la prenombrada era quien le daba órdenes directas y el pago en efectivo.

Como prueba testimonial se escuchó a: **José Antonio Alviadez Fuentes**, indicó que conoce a Willie Johan Buitrago porque fue esposo de una tía de éste. Señaló que le prestó un dinero al demandante para sacar el pase de categoría 6, pues le informó que iba a trabajar para un familiar, desconoce el nombre de la empresa, sólo sabe que era para laborar con una tía, no tiene conocimiento del tipo de contrato que tuvo el señor Buitrago Leguizamo, sólo sabía que le estaba yendo bien, y que trabajaba en Bogotá, Cartagena, Santa Marta y otras ciudades. Refirió que no conoce a Liliana Alcira Leguizamo ni a Deisy Johana Niño Leguizamo. El conocimiento que tiene proviene del demandante, quien supo que se accidentó, y no tenía ningún tipo de seguro, pero lo atendieron por el SOAT de la tractomula. No vio ningún contrato tiene entendido que todo era verbal e incluso el convocante le dijo que le pagaban en efectivo. **Simón Leonardo García**, señaló que es esposo de la señora Alcira Leguizamo y empleado de Transportes Logísticos como Director Comercial y de la parte operativa desde el año 2012. El accionante es sobrino de su esposa, y la hija de ésta es Beisy Johana Niño Leguizamo. Aseguró que el actor no tuvo ningún vínculo laboral ni condujo tractomula de la sociedad, pues no tienen camiones de carga pesadas propios todos son tercerizados. El convocante condujo un vehículo de propiedad de un tercero, no recuerda en qué año, pero sabe que tuvo un accidente en el mismo. Aclaró que la sociedad Transportes Logísticos Lanyer S.A.S. es una empresa de transporte de carga a nivel nacional, y todo tiempo de viaje esta registrado en el *RNDC* del Ministerio, cualquier persona puede tener ingreso para verificar información de cualquier automotor y las empresas que han transportado. Todos los contratos o la contratación se hacen directamente con el propietario del vehículo o tercero, más no con el conductor, y no tiene conocimiento que la empresa hubiese tenido vínculo con el demandante., pues reiteró que Transportes Logísticos Lanyer no contrata a conductores. **Beisy Johana Niño Leguizamo** manifestó que el promotor de la litis es su primo. Afirmó que ella es propietaria de la tractomula de placas YAQ357 desde el año 2014. Se desempeña como gerente de Transporte Logísticos en la oficina de la ciudad de Barranquilla y sus funciones principales consisten en la consecución de la carga con diferentes clientes en las distintas ciudades, y los vehículos que se utilizan no son de propiedad de la sociedad demandada. El actor no tuvo ningún tipo de vínculo laboral con la empresa y tampoco prestó los servicios para ella como

persona natural, pues la tractomula a su nombre es manejada por un administrador de nombre Yesid Castro. No tiene conocimiento si el vehículo de su propiedad era utilizado por la sociedad, pues el transporte de carga se hacía por intermedio de un despachador y desconoce las contrataciones que hace el administrador.

Acorde con los medios de convicción reseñados, para esta Sala no es posible extraer la prestación personal del servicio del señor Willie Johan Buitrago Leguízamo a favor de la sociedad Transportes Logísticos Lanyer S.A.S. en los extremos pedidos en el escrito introductorio, conclusión que se extrae principalmente de la confesión hecha por el promotor del proceso al momento de rendir el interrogatorio de parte, pues señaló de manera decisiva que fue contratado por la persona natural Beisy Johana Niño Leguízamo, quien le impartía órdenes y le efectuaba el pago en efectivo, además de ello, manifestó que ésta era quien señalaba con qué empresa debía realizar el transporte de carga, lo que hizo en 4 oportunidades con Transportes Logísticos Lanyer S.A.S.

Sumado a lo anterior, con los manifiestos de carga allegadas al plenario expedidas por el Ministerio de Transporte, se evidencia con claridad que entre 2017 y 2019, el actor no sólo fue conductor del vehículo de placas YAQ357 como lo menciona en la demanda, sino que también, realizó viajes en otros automotores con dueños distintos y a favor de varias empresas, esto es, Transportes Logísticos, Multitransporte Logística, Guerrero Transportadora y la sociedad aquí convocada, infiriéndose de este modo que el demandante ejecutó en efecto esa labor de conductor, pero para diferentes transportadoras y no prestó sus servicios de manera permanente y exclusiva para la convocada a juicio, sumado a que, como lo dijo el propio convocante, la persona encargada de asignarle a dónde dirigirse para transportar la carga fue la señora Niño Leguízamo, aspecto que coincide con la declaración extra judicial rendida por la señora Yurani Andrea Morales Martínez al manifestar que para el día 9 de marzo de 2019 el señor Willie Joan Buitrago Leguízamo se encontraba trabajado para Beisy Johana Niño, y ésta a su vez refirió en su testimonio que era la propietaria de la tractomula de placas YAQ357 -situación confirmada por la certificación del RUNT- y que era manejado por un administrador.

Ahora, si bien José Antonio Alviadez Fuentes señaló en declaración extraproceso que el demandante laboró para Transporte Logísticos Lanyer S.A.S., desde el 23 de mayo de 2017 hasta el 9 de marzo de 2019, también lo es que en la declaración rendida en el presente proceso, afirmó que desconocía para quien trabajó el accionante, pues al respecto, tan sólo sabía que empezó a laborar con un familiar y todo el conocimiento que tiene es por el dicho del propio promotor de la litis, de manera que su declaración no aporta a las resueltas de este proceso.

Contrario ocurre con lo manifestado por el deponente Simón Leonardo García, Director Comercial de la sociedad llamada a juicio, quien afirmó que no tenían vehículos propios, todos eran “tercerizados” y por tanto no contrataban ningún conductor a su cargo, a su vez Beisy Johana Niño Leguízamo, gerente de la empresa en Barranquilla, fue enfática en señalar que el actor no estuvo vinculado con la sociedad, de suerte que todas las declaraciones incluidas las del propulsor de la acción, conducen a concluir que éste último no prestó sus servicios personales a favor de la convocada Transportes Logísticos Lanyer S.A.S.

Incluso al interponer la alzada y concretamente en la etapa de alegatos de conclusión el apoderado judicial del demandante pretende que se falle de manera ultra petita y hace mención a la existencia de una solidaridad, tras advertir que la relación laboral se desarrolló en realidad con la señora Beisy Johana Niño Leguízamo, solicitud que deviene a todas luces improcedente, en primer lugar, por cuanto “las facultades ultra y extra petita radican en cabeza de los jueces laborales de única y de primera instancia, de modo que el juez de segundo grado no puede hacer uso de ellas, a menos que: (i) involucre derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, (ii) hayan sido discutidos en el juicio y (iii) estén debidamente probados, conforme lo dispuesto en la sentencia CC C-968- 2003 (CSJ SL5863-2014 y CSJ SL2808-2018, reiteradas en CSJ SL3144-2021)”. (CSJ SL – 2014-2023). Y, en segundo lugar, porque señora Beisy Johana Niño Leguízamo no fue llamada al proceso como extremo pasivo, por ende, no hizo parte de este, y bajo ese entendido, emerge cristalino que no podría efectuarse ningún estudio que conlleve a una eventual condena en su contra, pues ello afectaría su derecho de defensa y debido proceso consagrado en el artículo 29 constitucional. Lo anterior se acopla con los presupuestos para fallar de manera ultra petita, que en este caso no se cumplen, pues si la persona natural mencionada no fue parte demandada, pues es claro que no fue un hecho discutido en juicio la existencia de la relación laboral con ésta. Las anteriores razones resultan suficientes para confirmar la decisión recurrida.

3. Costas.

Se condenará en este concepto a la parte recurrente por resultar desfavorable el recurso interpuesto.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de agosto de 2023, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia, a favor de la demandada y a cargo del convocante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

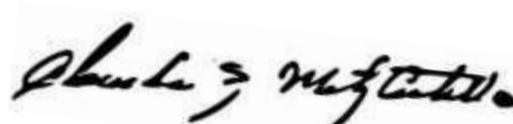
Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105039 2021 00518 01
Demandante: Luis Fernando Londoño Ortiz
Demandada: Esmeraldas Mining Services S.A.S.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

Luis Fernando Londoño Ortiz, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Esmeraldas Mining Services S.A.S. con el fin de que se declare que la terminación de su contrato de trabajo ocurrido el 11 de febrero de 2019 fue de manera unilateral, ilegal, sin que existiera justa causa objetiva para ello, e ineficaz por encontrarse en estabilidad laboral reforzada conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En consecuencia, reclama: i) el reintegro a un cargo similar atendiendo a sus condiciones de salud, capacidades, aptitudes, recomendaciones médicas y de igual remuneración, ii) el pago de salarios, prestaciones sociales con sus respectivas sanciones e indemnizaciones moratorias y

pagos al sistema integral de seguridad social dejados de percibir desde el 11 de febrero de 2019 hasta que se haga efectivo su reintegro, iii) indemnización de 180 días de salario consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, iv) indexación y, v) costas. De manera subsidiaria, persigue el pago de la indemnización por despido injusto. (f. 1 a 6 archivo 1).

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de sus súplicas, el actor en síntesis señaló que:

1. Comenzó a laborar para la demandada el 10 de febrero de 2019 mediante contrato de trabajo a término fijo con duración de un año, devengando un salario de \$3'003.000 en el cargo de inspector de seguridad hasta el día siguiente 11 de febrero, fecha en que le fue terminado el contrato de trabajo.
2. El 10 de febrero de 2019 se realizó examen médico de ingreso ocupacional, en el cual consta que es apto para trabajar con recomendaciones, y en el mismo se observa que presenta hiperlipidemia Mixta, que requiere una valoración prioritaria por EPS -medicina general, nutrición, medicina interna y neumología.
3. En virtud de las alteraciones en la salud evidenciadas en el examen de ingreso, el 10 de febrero de 2019 suscribió acta de compromisos y recibió la respectiva inducción, momento en el cual se hizo entrega del perfil del cargo.
4. El 11 de febrero de 2019 la convocada le terminó el contrato de trabajo sin justa causa objetiva.
5. A la finalización del vínculo laboral no le entregaron carta donde se indique que la finalización obedeció al periodo de prueba.
6. Durante los 2 días que prestó sus servicios para Esmeraldas Mining Services S.A.S. no se le realizó evaluación donde se pudiera sustentar que no tenía aptitudes para ejercer el cargo de inspector de seguridad.
7. De acuerdo a la liquidación del contrato de trabajo se evidencia que laboró 2 días y que la causa del despido fue por periodo de prueba.
8. El cargo de inspector de seguridad para el cual fue contratado aún se encuentra vigente, por lo que subsisten las causas que le dieron

origen al mismo y todos los compañeros que se encontraban vinculados ejerciendo el mismo cargo, continuaron la relación laboral con Esmeraldas Mining Services S.A.S.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 9 de noviembre de 2021 (f. 6 archivo 2), admitida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá mediante proveído del 28 de abril de 2022 luego de su subsanación (archivo 7).

Esmeraldas Mining Services S.A.S. en su contestación se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos indicó que no eran ciertos o que no les constaba. Como fundamento de defensa adujo que el vínculo laboral que existió entre las partes finalizó en periodo de prueba, de conformidad con lo establecido en el artículo 80 del CST, siendo posible terminar el contrato sin previo aviso y sin incoar motivación particular, además el demandante no se encontraba amparado en ninguna de las circunstancias estipuladas para una protección especial. Formuló las excepciones denominadas inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido., enriquecimiento sin justa causa, pago, compensación, prescripción, buena fe, alcance de la Ley 361 de 1997, inexistencia del nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y el estado de salud del actor, improcedencia e imposibilidad del reintegro, mala fe del demandante y genérica (archivo 10).

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TREINTA Y NUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 13 de junio de 2023, dispuso (archivo 17):

[...] **PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor **LUIS FERNANDO LONDOÑO ORTIZ**, de una parte, en calidad de trabajador y por la otra, **ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S.**, en calidad de empleadora, existió un contrato de

trabajo a término fijo pactado por 3 meses, desde el 10 de febrero de 2019 hasta el 11 de febrero de 2019, fecha en la cual, fue terminado de manera unilateral por la compañía demandada, encontrándose en periodo de prueba, conforme a la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el señor **LUIS FERNANDO LONDOÑO ORTIZ** no se encuentra cobijado por las prerrogativas de la estabilidad laboral reforzada.

TERCERO: ABSOLVER a **ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S.**, de todas y cada una de las demás pretensiones impetradas por el señor **LUIS FERNANDO LONDOÑO ORTIZ**.

CUARTO: DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS Y COBRO DE LO NO DEBIDO.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** al señor **LUIS FERNANDO LONDOÑO ORTIZ**, a favor de la demandada **ESMERALDAS MINING SERVICES S.A.S.**, debiendo incluirse como agencias en derecho la suma de \$500.000.

SEXTO: CONSÚLTESE la presente sentencia por resultar adversa al trabajador.

[...]

Como fundamento de su determinación, el a *quo* señaló en síntesis que analizados en conjunto los documentos aportados, los interrogatorios de las partes y testigos, se advierte que para el momento de la terminación del contrato de trabajo, el demandante no se encontraba en una condición de discapacidad, pues si bien se demostró en el concepto médico de ingreso que era apto con algunas recomendaciones, estas por sí solas no denotan una limitación sustancial para el desempeño de sus labores, es decir, ninguna se encontraba relacionada con las funciones previstas en el perfil del cargo de inspector de seguridad, es más, el promotor de la litis señaló en su interrogatorio que no tenía conocimiento de su deficiencia sino hasta el momento en que le hicieron los exámenes para el ingreso, que no tenía ningún tratamiento médico al momento de su vinculación a la empresa y mucho menos a la terminación del contrato. Agregó que, las recomendaciones generales dadas al accionante también fueron entregadas en términos similares al trabajador Omar Enrique López Tapias, consistentes en cuidarse en la alimentación y hacer ejercicios por lo menos tres veces al día, situaciones que no son incompatibles con las funciones para el cargo de Inspector de Seguridad, razones por las cuales, no se

avizora que el accionante padeciera de dolor o condición alguna en su salud que se tradujera en una barrera para el desarrollo de sus actividades laborales, así como se echa de menos incapacidades, tratamientos, recomendaciones o restricciones médicas que conlleven a establecer una limitación del desempeño de las labores al momento de la terminación del contrato, razones suficientes para denegar las pretensiones encaminadas al reintegro junto con el pago de esa de salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social dejados de percibir, y del reconocimiento de la indemnización contemplada artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En relación a la pretensión subsidiaria de la indemnización por despido injusto, empezó por indicar que si bien la convocada aportó un contrato de trabajo a término fijo que no estaba suscrito por el accionante, sino por testigos, lo que en principio se entendería que el mismo lo fue a término indefinido, esta situación se desdibuja con la misma aceptación que hace la parte demandante en su interrogatorio, cuando efectivamente manifestó que había firmado aquel el 10 de febrero de 2019, documento que reposa en el plenario y se le puso de presente, aceptando que en efecto correspondía al suscrito por él, cuya cláusula del periodo de prueba y duración del contrato, indica *“El presente contrato tendrá una duración fija de TRES (3) MESES contados a partir de la fecha de ingreso. Independientemente del número de renovaciones, este contrato siempre se considerará como celebrado a término fijo...”*. Reiteró que, si bien aparece de manera extraña un contrato de trabajo firmado por testigos, lo cierto es que el actor aceptó haber suscrito el mismo, por lo que vale su confesión para tener en cuenta dicho documento que da cuenta de la existencia del vínculo laboral a término fijo por término de 3 meses a partir del 10 de febrero de 2019.

Aclarado lo anterior, encontró que no procede la indemnización por despido injusto, toda vez que la terminación del vínculo laboral tuvo lugar durante el periodo de prueba, y al efecto la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado de antaño que son tres los aspectos para tener como bien terminado el contrato en estas circunstancias, que consisten en i) haberse pactado por escrito, ii) que no exceda la duración máxima legal y iii) que la manifestación de voluntad no esté mediada de error, fuerza y dolo, presupuestos que se cumplen en el presente caso. En

cuanto al reproche del propulsor del proceso relacionado con que la finalización del contrato de trabajo no se dio de manera escrita sino verbal, sin que aparezca prueba de la facultad del empleador de terminar de manera unilateral la relación laboral por el periodo de prueba, puso de presente la sentencia de nuestro órgano de cierre del 29 de julio de 2008 bajo el radicado 32.568, en donde se explicó que *“...en el manejo de la relación obrero patronal, bien puede suceder que esa decisión de finiquitar el vínculo, ya sea por parte del trabajador o del empleador, puede presentarse también en forma verbal, caso en el cual, ante la ausencia de documento y ya planteada la diferencia ante la justicia, el juez, en su propósito de buscar la realidad del punto, acuda a la prueba testimonial si es que cuenta con ella...”* En ese orden, concluyó que para la terminación del contrato de trabajo no se requiere una formalidad como en el caso de las modalidades a término fijo, o para pactar un periodo de prueba, pues es viable que ambas partes la puedan finiquitar la relación laboral de manera verbal, estando demostrado en este asunto que el contrato de trabajo finalizó el 11 de febrero de 2019 por decisión del empleador como lo hizo saber el accionante al absolver el interrogatorio de parte y se constata con la liquidación suscrita por el señor Londoño Ortiz, decisión que podía hacerse sin que mediara causal alguna porque se estaba en vigencia del periodo de prueba.

5. APELACIÓN

La sentencia fue objeto del recurso de alzada por la parte demandante, quien censuró la absolución impartida por el fallador de instancia, tras aducir en primer lugar que en el concepto médico de fecha 10 de febrero de 2019, consta que el accionante presenta una patología que es la hiperlipidemia mixta, documento donde igualmente se relaciona que es apto con recomendaciones, que debe acudir por medicina interna, neumología y otras especialidades, lo que permite acreditar su condición de salud, la cual según lo señalado por el médico testigo, en un lapso prolongado del tiempo podría originar o presentar algunas enfermedades cardiovasculares, situación conocida por la demandada, pues fue ella misma quien realizó ese concepto médico, sin que para la terminación se solicitara la autorización por parte del Ministerio del Trabajo, requisito indispensable y exigido por la ley y por los diferentes pronunciamientos de las Altas Cortes. Añadió que dicha

patología originó el finiquito contractual, pues se logra evidenciar que solamente se finalizó su contrato y no el de otras personas, lo que permite acreditar una terminación discriminatoria.

En otro punto, refirió que en el presente caso no obra prueba que permita acreditar que se le terminó el contrato en razón a su periodo de prueba, pues la finalidad de esta figura consiste en determinar las aptitudes del trabajador, sin que se demostrará por la convocada si él cumplía con las necesarias para desempeñar el cargo de Inspector de Seguridad, además que la terminación del contrato tuvo lugar al día siguiente de la emisión del concepto médico y no existe un soporte objetivo de las razones que sustentan la decisión.

6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la demandada Esmeraldas Mining Services S.A.S. se pronunció solicitando se confirme la decisión del a quo. La parte actora guardó silencio.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Así las cosas, corresponde a la Sala en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPT y de la SS determinar:

i) Si el actor al momento de la finalización del contrato -11 de febrero de 2019- gozaba de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud y, en consecuencia, le asiste derecho al reintegro, pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y demás pretensiones derivadas de dicha garantía, o si por el contrario, no lo acreditó, tal y como lo determinó el a quo.

ii) De manera subsidiaria, si le asiste derecho al reconocimiento de la indemnización por despido injusto.

II. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 66 del CPT y SS, no sin antes dejar por sentado que ninguna de las partes sentó inconformismo a las conclusiones del juez de primera instancia consistentes en que: i) entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo por el término de tres meses vigente por 2 días entre el 10 y 11 de febrero de 2019 ii) que en el mismo se estableció la cláusula del periodo de prueba por los primeros 18 días y iii) que la decisión de terminar el contrato de trabajo provino del empleador, (f. 67 a 84 archivo 10).

1. De la estabilidad Laboral reforzada

La parte actora señala que tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada en razón a que en el Concepto Médico realizado el 10 de febrero de 2019 se relacionó que padece de hiperlipidemia mixta y le impartieron recomendaciones, lo que permite acreditar su condición de salud, sin embargo, fue desvinculado al día siguiente de la empresa.

La convocada a juicio afirmó que para el momento del despido el propulsor de la acción no se encontraba amparado en ninguna de las circunstancias estipuladas por la normatividad laboral que conlleven a una protección especial tales como estar incapacitado, en discapacidad o en trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, por lo que no terminó el contrato por una supuesta discriminación, y al contrario, el trabajador estaba en periodo de prueba, por lo que estaba facultado para finalizar la relación laboral de manera unilateral.

La falladora de instancia estimó que, no se configuraron los presupuestos para una estabilidad laboral reforzada en cabeza del empleador, pues no se acreditó que las patologías señaladas en el examen de ingreso impidieran realizar la labor contratada o que tuvieran alguna incidencia en la misma, además, que las recomendaciones allí establecidas eran generales para los trabajadores de la empresa.

Para resolver las bifurcaciones planteadas, se tendrá en cuenta lo preceptuado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 13 de diciembre de 2006, que a la letra señala:

“Artículo 1: El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Por otro lado, la misma norma convencional, en su artículo 27, preceptúa:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;

b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;

c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás;

d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;

e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; -23-

f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias;

- g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;*
 - h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;*
 - i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;*
 - j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto;*
 - k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.*
- 2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio.”*

Esta convención fue aprobada mediante la Ley 1346 del 31 de julio de 2009, donde el Estado Colombiano se comprometió a promover y proteger los derechos fundamentales de las personas que tuviesen una discapacidad y para ello, debía adelantar las gestiones legislativas y administrativas idóneas.

De acuerdo a la responsabilidad contraída, se emitió la Ley 1618 del 27 de febrero de 2013, por medio del cual se establecen disposiciones para garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad, y dispuso:

“Artículo 2°. Definiciones. Para efectos de la presente ley, se definen los siguientes conceptos:

1. Personas con y/o en situación de discapacidad: Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

2. Inclusión social: Es un proceso que asegura que todas las personas tengan las mismas oportunidades, y la posibilidad real y efectiva de acceder, participar, relacionarse y disfrutar de un bien, servicio o ambiente, junto con los demás ciudadanos, sin ninguna limitación o restricción por motivo de discapacidad, mediante acciones concretas que ayuden a mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad.

3. Acciones afirmativas: Políticas, medidas o acciones dirigidas a favorecer a personas o grupos con algún tipo de discapacidad, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades y barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico que los afectan.

4. Acceso y accesibilidad: Condiciones y medidas pertinentes que deben cumplir las instalaciones y los servicios de información para adaptar el entorno, productos y servicios, así como los objetos, herramientas y utensilios, con el fin de asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, tanto en zonas urbanas como rurales. Las ayudas técnicas se harán con tecnología apropiada teniendo en cuenta estatura, tamaño, peso y necesidad de la persona.

5. Barreras: Cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad. Estas pueden ser:

- **a) Actitudinales:** Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;

- **b) Comunicativas:** Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

- **c) Físicas:** Aquellos obstáculos materiales, tangibles o construidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.” (Resaltado de la Sala)

A su turno, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prevé que:

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

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

Dicho precepto fue declarado exequible de manera condicionada en sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin

que exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. Y, en todo caso, el precepto en cita ordena pagar al trabajador despedido sin el cumplimiento de dicho requisito, una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario.

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia hito SL1154 de 2023 destacó dos aspectos importantes, a saber; en primer lugar, que este instrumento internacional es vinculante no solo para el entendimiento del concepto de discapacidad, sino de la protección de estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; en segundo lugar, que *“la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 para deficiencias de largo plazo, y el 7 de febrero de 2013 para aquellas de mediano y largo plazo, conforme a la Ley Estatutaria 1618 de ese año”*. Y con relación al alcance de la citada disposición normativa a la luz de la Convención Sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, indicó que la protección de estabilidad laboral reforzada se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

“a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.”

Y con respecto a la existencia de las barreras, enfatizó que el trabajador tiene derecho a que las mismas luego de conocidas por el empleador, sean *“mitigadas por el empleador, mediante los ajustes razonables”*. Y señala como ajustes razonables *“una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los*

empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.

Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «una carga desproporcionada o indebida» para el empleador. La determinación de la razonabilidad o proporcionalidad de los ajustes requeridos podrían variar, según cada situación, lo que implica para los empleadores hacer un esfuerzo razonable para identificar y proporcionar aquellos que sean imprescindibles para las personas con discapacidad. Y en caso de no poder hacerlos debe comunicarle tal situación al trabajador»

En ese sentido, al momento de evaluarse la situación de discapacidad y garantizar la estabilidad laboral reforzada, es imprescindible que queden probados tres elementos;

“(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

“Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora, el empleador conserva en todo caso la facultad de terminar el contrato de trabajo con sustento en una causa justa u objetiva y, para tal efecto, no es necesario que solicite autorización ante el Ministerio de Trabajo. El referido trámite administrativo se requerirá cuando el despido tenga una relación directa con la situación de discapacidad y no fue posible implementar ajustes razonables...”

Siendo relevante anotar que, los criterios utilizados para definir y configurar la discapacidad y la protección por estabilidad laboral, por fuero de salud, parafraseando lo expuesto por el órgano de cierre, consisten en, encontrar acreditada una limitación o deficiencia física, psíquica o sensorial a mediano y largo plazo, que impida al trabajador interactuar, no solo en su entorno laboral, sino social, entendiendo ello, como los obstáculos que pueden presentarse respecto a las demás personas, en el campo actitudinal,

comunicativo o físico, siendo estas barreras, la forma en cómo se puede impedir el acceso a espacios, objetos, servicios, información, consulta y adquisición de conocimiento.

Como medios de convicción se aportaron las siguientes pruebas documentales:

Certificado Médico de Aptitud Laboral- Trabajo en Alturas de fecha 26 de diciembre de 2018 emitido por la empresa Servicios Médicos San Ignacio S.A.S., realizado al paciente Luis Fernando Londoño Ortiz, empleador: Esmeraldas Mining Services, tipo de examen: ingreso, donde se relaciona en el acápite de Medicina Ocupacional :*“USO DE ELEMENTOS DE PROTECCION PERSONAL, PAUSAS ACTIVAS, HIGIENE POSTURAL, DIETA BAJA EN CARBOHIDRATOS Y GRASAS, EJERCICIO AL MENOS 3 VECES POR SEMANA POR LO MENOS 1 HORA AL DÍA. ACONDICIONAMIENTO FISICO SEGUN REQUERIMIENTOS DEL CARGO, ADECUADA ERGONOMIA DEL PUESTO DE TRABAJO SEGUN DISPOSICION DE LA EMPRESA. CAPACITACION PARA MANEJO DE CARGAS SEGUN CRITERIOS DEL CARGO. CAPACITACION Y CERTIFICACION EN ALTURAS”* y a su vez se concluye como Concepto de Aptitud Laboral *“PUEDE DESEMPEÑAR EL CARGO PUEDE DESEMPEÑAR TRABAJO EN ALTURAS”* (f. 136 y 137 archivo 10).

Exámenes de audiometría y optometría efectuados el 26 de diciembre de 2018 por Servicios Médicos San Ignacio S.A.S. en la que se indica que el demandante tiene audición normal y agudeza visual y función binocular dentro de parámetros normales (f. 138 a 140 archivo 10).

Concepto médico de fecha 10 de febrero de 2019 del paciente Londoño Ortiz, donde se relaciona la fecha del examen de ingreso del 26 de diciembre de 2018, y se menciona siguiente:

INTERPRETACION GLUCEMIA:		AZUCAR NORMAL	
INTERPRETACION PERFIL LIPIDICO:		HIPERLIPIDEMIA MIXTA	
HEMOGRAMA:		NORMAL	
PLAQUETAS:		NORMAL	
RIESGO DE ENFERMEDAD CORONARIA (A LOS 10 AÑOS)		6	
INTERPRETACION FRAMINGHAM		BAJO	
CASTELL	6.35	IDEAL < 5	
CASTELL ELEVADO	SI		
glicemia mayor a 110 mg/dl	NO		
triglicéridos mayor a 250 mg/dl	NO		

VALORACION PRIORITARIA POR EPS			
MEDICINA GENERAL	<input checked="" type="checkbox"/>	MEDICINA INTERNA	<input checked="" type="checkbox"/>
NUTRICION	<input checked="" type="checkbox"/>	NEFROLOGIA	<input checked="" type="checkbox"/>
		OTORRINOLARINGOLOGIA	<input type="checkbox"/>
		OPTOMETRIA	<input type="checkbox"/>

Igualmente se señalaron como recomendaciones del concepto: *“USO DE ELEMENTOS DE PROTECCIÓN PERSONAL, PAUSAS ACTIVAS, HIGIENE POSTURAL, DIETA BAJA EN CARBOHIDRATS Y GRASAS, EJERCICIO AL MENOS 3 VECES POR SEMANA POR LO MENOS 1 HORA AL DÍA. ACONDICIONAMIENTO FÍSICO SEGÚN REQUERIMIETNOS DEL CARGO, ADECUADA ERGONOMÍA DEL PUESTO DE TRABAJO SEGÚN DISPOSICIÓN DE LA EMPRESA, CAPACITACIÓN PARA MANEJO DE CARGAS SEGÚN CRITERIO DEL CARGO. CAPACITACIÓN Y CERTIFICACIÓN EN ALTURAS”*. (f. 11 archivo 1)

Acta de fecha 10 de febrero de 2019 sin firma del demandante, en la que éste se compromete a seguir las recomendaciones emitidas por la IPS y por parte de los médicos de la empresa, continuar asistiendo de manera periódica y frecuente a la EPS, periodos de descanso, informar algún cambio de su estado de salud y el uso estricto de todos los emolumentos de protección personal a su cargo (f.- 12 archivo 1).

Perfil de Cargo Inspector de Seguridad de la sociedad convocada en donde se relacionan como funciones y responsabilidades del mismo (f. 87 a 90 archivo 10):

- “1. Asistir puntualmente al llamado a lista al iniciar el turno para recibir las órdenes de trabajo, distribución de elementos llaves y precintos, asignación de frentes de trabajo, novedades especiales, recomendaciones específicas y de esta forma cumplir con los resultados esperados en la operación
2. Solicitar en la oficina de CCTV los elementos tecnológicos (cámara, batería y radio) con el fin de brindar apoyo en la operación.
3. Presentarse en la bocamina que le sea asignada 10 minutos antes de la hora de ingreso, para dar cumplimiento en los tiempos de apertura.
4. Registrarse en las planillas al ingresar a la mina para dar cumplimiento al protocolo de seguridad establecido.
5. Durante el recorrido al sitio de trabajo dar apertura a los diferentes accesos y verificar que los precintos y los candados estén en buen estado y sin señales de vulneración, con el fin de controlar el acceso a los mismos.
6. Realizar registro filmico en el momento de retirar los precintos y candados de los diferentes accesos, al llegar al frente de trabajo y al personal que se encuentre en él; con la finalidad de dar cumplimiento al procedimiento de seguridad.
7. Registrar el nombre del personal asignado al frente de trabajo y visitantes con el fin de relacionarlos en el informe de novedades
8. Asegurar que el personal asignado al frente de trabajo, no se retire, sin previa autorización del supervisor de mina; con el fin de controlar la salida del personal.
9. Verificar que el personal asignado al frente de trabajo cumplan con los diferentes protocolos y procedimientos de seguridad, con el fin de reducir la merma del material esmeraldífero.
10. Precintar correctamente lonas, tulas y coches mineros que salen del frente productivo, con el fin de evitar la merma del material de interés.
11. Verificar que el personal operativo descargue completamente los carros mineros para evitar que queden muestras en su interior.
12. Realizar un registro filmico en el frente de trabajo al terminar el turno con el fin de dar soporte al estado en el que queda el mismo.
13. Asegurar que toda la herramienta sea retirada y por ningún motivo debe quedar personal en el frente de trabajo con la finalidad de dar cumplimiento a los procedimientos de seguridad
14. Entregar los medios tecnológicos asignados al finalizar el turno en buen estado a CCTV diligenciando la planilla de asignación de cámaras con el fin de preservar su adecuado funcionamiento.
15. Informar al jefe inmediato las novedades presentadas que requieran de su apoyo y toma de decisión pertinente con respecto a lo que afecta directamente la operación.
16. Conocer y ejecutar los protocolos, procedimientos y políticas concernientes a la actividad desempeñada para asegurar la adecuada operación.
17. Dar cumplimiento a las demás funciones inherentes al cargo y/o que asigne el jefe inmediato

Como prueba declarativa se recepcionó el interrogatorio de parte del demandante **Luis Fernando Londoño Ortiz**, quien señaló que el 10 de febrero de 2019 se presentó a trabajar en Muzo Boyacá, a la hora que fue

citado para firmar el contrato de trabajo, y el día siguiente 11 de febrero cuando fue a reclamar la dotación, la empresa le manifestó que no podía continuar el proceso por un error que se había presentado en Bogotá, ese mismo día se retiraron cuatro o cinco compañeros, entre ellos Omar Tapia, que en el momento está trabajando en la empresa porque lo reintegraron. Viajó desde Medellín hasta Bogotá y de esta ciudad hasta Muzo, la empresa le suministró alimentos y recibió una inducción relacionada con los explosivos, medio ambiente, cómo estaba la empresa en el mercado, y otros temas. El cargo de Inspector de seguridad para el que fue contratado consistía en dar manejo a la zona de voladuras, estar pendiente a la entrada de los explosivos, mechas detonantes y hacer control de todo lo que ingresaba al túnel. Al momento de firmar el contrato no tenía clara sus patologías, pues ello lo verificó con su abogado al manifestar que había unas recomendaciones las cuales desconocía y se presentaron el día que le entregaron el Concepto, de las cuales tampoco tiene claridad; no estaba en tratamientos médicos emitidos por su EPS o ARL.

El representante legal de la sociedad **Esmeralda Mining S.A.S.** señaló al absolver su interrogatorio que la empresa no comunicó por escrito al demandante la terminación de su contrato de trabajo, pero sí le informó de manera verbal que la decisión obedecía al periodo de prueba, toda vez que el actor llegó a la mina pero no se presentó a la inducción, pues adujo que estaba muy cansado del viaje y no firmó ningún documento, por lo que la compañía decidió dar por terminado su contrato de trabajo a través del área de talento humano. Indicó que la inducción de explosivos sólo se imparte a las personas que manejan estos temas que son pocas. Todos los trabajadores que ingresan a la compañía pasan por una valoración previa de tipo médico, máxime si van a trabajar en una mina donde los riesgos son más altos.

En cuanto a los testimonios se escuchó a: **Jaime Alberto Guerrero Posada**, Director de Talento Humano de la sociedad llamada a juicio. Señaló que normalmente la empresa antes de contratar a sus colaboradores y de su traslado a la mina, hace la afiliación a la seguridad social y los exámenes de ingreso que se realizan en la ciudad de origen de cada trabajador, dependiendo donde éste, a través de una empresa externa y esos resultados se envían a los Doctores que están en la mina. Lo primero que los

trabajadores hacen al llegar, es comparecer al departamento médico, luego la inducción y proceden a acercarse a talento humano para la entrega de dotación y firmar el contrato, procedimiento que puede tomar todo el día y al punto, tiene entendido que el 10 de febrero de 2019 cuando compareció el demandante manifestó estar cansado y quería irse a descansar sin cumplir con los procesos correspondientes, al día siguiente 11 de febrero no se presentó a firmar el contrato, de modo que en uso del periodo de prueba se terminó el mismo, sin que el promotor del litigio prestara ningún servicio, decisión comunicada de manera verbal vía telefónica al demandante, por parte de la persona encargada de Talento Humano Karen Quintero. **José Ricardo Pérez Castañeda**, médico especialista en salud ocupacional y prevención de riesgos laborales, indicó que el actor ingresó a la compañía en febrero de 2019. El proceso de contratación empieza cuando se envía a la persona al examen médico ocupacional el cual se realiza usualmente cerca al sitio donde viva a través del proveedor que tiene la entidad en las diferentes ciudades, luego, el cuerpo médico de la compañía los revisa e informa a los trabajadores la condición de salud y con base en ello, da el aval o no de la sugerencia para la contratación. Una vez contratada la persona, ingresa a mina, los primeros días están en inducción por parte de seguridad física, seguridad industrial, y talento humano, así como en medicina laboral, en donde se hace una retroalimentación de su condición de salud, reúnen la información del examen médico y la socializan al trabajador. Respecto de la vinculación del demandante, no llamó la atención ninguna situación de su estado de salud, pues lo que hace la empresa a través de medicina laboral es una compilación del examen de ingreso y lo que usualmente se coloca son recomendaciones generales, acompañada de un acta de compromiso del trabajador. La hiperlipidemia mixta que aparece en el Concepto Médico del accionante consiste en el aumento de colesterol y/o los triglicéridos, respecto al acápite denominado “Riesgo de enfermedad Coronaria – 6”, explicó que la empresa e utiliza una escala que mide muchos factores como el colesterol, azúcar, triglicéridos, pues es importante que la persona conozca de un riesgo cardiovascular, y cuando se sitúa por encima de 5, ello quiere decir que si no realiza la respectiva corrección de su condición de salud puede estar sujeta a ese riesgo, y se recomienda valoración prioritaria por EPS. La gran mayoría de las personas están en sobrepeso, razón por la cual re direccionan a los empleados a los respectivos controles, por lo que, tales formatos

cumplen con el objetivo de prevención en salud, como quiera que el acceso a las minas es muy difícil y la compañía no maneja el tema de enfermedades de origen común y, por ende, debe existir control por parte de la EPS, condicionado a ese seguimiento que es usual en la gran mayoría de los trabajadores. Se le puso de presente el Acta de Compromiso aportado al plenario, el cual no está suscrito por el actor, e indicó que en efecto ese era el entregado a todos los empleados acompañado del Concepto Médico al momento que ingresan a la compañía. No se observó impedimento alguno del actor para ejecutar el cargo de Inspector de Seguridad, éste tampoco aportó o informó a la empresa de alguna restricción médica por parte de su EPS.

Del estudio conjunto de los anteriores medios de convicción, de acuerdo con los artículos 60 y 61 del CPT y SS, para esta Sala no se advierte el cumplimiento de los presupuestos que sitúan al demandante como una persona de estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, pues ello no se deduce del Concepto Médico de ingreso del señor Pérez Castañeda, pues si bien en dicho documento se menciona que tiene una hiperlipidemia mixta, consistente en el aumento de colesterol y/o los triglicéridos, según lo informó el testigo José Ricardo Pérez Castañeda, médico especialista en salud ocupacional y prevención de riesgos laborales, también lo es que el promotor de la litis al momento de contestar el interrogatorio de parte afirmó que desconocía que tuviera algún problema de salud, lo que identificó tan sólo al momento de su ingreso a la empresa demandada y tampoco recuerda las recomendaciones que le dieron para ese momento, afirmaciones de las cuales se advierte que el resultado del Concepto Médico realizado por la entidad no le generaba ninguna molestia, incomodidad o impedimento en el rol para el que fue contratado como Inspector de Seguridad, además, nótese que en el mismo documento en mención, se señaló que el accionante era APTO para laborar, y por esa misma razón se procedió a su contratación, de suerte que no es dable alegar una estabilidad laboral cuando se observa con claridad que el actor podía desarrollar sus actividades sin inconvenientes.

Ahora el sólo hecho que al promotor de la litis le efectuaran recomendaciones al momento de su ingreso no se traduce a que tenga una deficiencia física, entendida como problemas funcionales o estructurales corporales, que le obstaculizara cumplir con las labores encomendadas,

máxime si se tiene en cuenta que las funciones del perfil del cargo consistían principalmente en hacer recorrido del sitio, dar accesos y verificar que los precintos y candados estuvieran en buen estado, registro del nombre de personal asignado al frente de trabajo y visitantes, verificar el retiro con previa autorización del supervisor de la mina y que al frente de trabajo cumplan con los diferentes protocolos y procedimientos de seguridad, registro filmico, el cumplimiento de los procedimientos de seguridad entre otros, actividades respecto de las cuales el promotor del proceso no acreditó que se le dificultara su cumplimiento por alguna afectación de salud y que tampoco se advierte que el aumento de colesterol y/o los triglicéridos impida ejecutar tales funciones. Sumado a ello, como lo señalaron los testigos, y concretamente el señor **Pérez Castañeda**, en el Concepto Médico se establecían recomendaciones generales teniendo en cuenta el examen de ingreso realizado por la IPS proveedora, en general a todos los trabajadores, lo que se puede constatar por ejemplo con la documental allegada de los empleados Milton Manuel Cadena y Omar Enrique López Tapias a quienes también les realizaron exámenes de ingreso y recomendaciones relacionadas con realizar pausas activas, dietas baja en grasa, ejercicios, control y reducción de pesos, entre otros, y fueron vinculados a la empresa, de suerte que, lo que enseña las documentales aportadas y en concreto el examen de ingreso y el concepto médico del 10 de febrero de 2019 es que la entidad, de acuerdo a los hallazgos en la salud del actor, entregó recomendaciones de vida saludable, al igual que a los demás empleados de la empresa como uso de elementos de protección, higiene postural, acondicionamiento físico, cuidado en la alimentación y demás, situaciones que evidentemente no se traducen a un estado incapacitante del demandante, sino al protocolo utilizado por la entidad a modo de prevención y cuidado de la salud de sus trabajadores, debiéndose además recordar que no cualquier contingencia puede ser considerada como una discapacidad, de suerte que, el caso concreto del accionante no se enmarca como una deficiencia de mediano o largo plazo., y que además constituya una barrera en su entorno laboral.

En tales condiciones, surge claro que le correspondía a la reclamante demostrar la existencia del diagnóstico y de una verdadera barrera que le obstaculizara ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con

los demás colaboradores, aspectos que no fueron acreditados por el promotor del litigio, contrario a ello, lo que las pruebas muestran es que era apto para ejercer sus funciones al punto que así se certificó en su examen de ingreso, sin que ninguna de las pruebas arrimadas al plenario de cuenta que estuviese imposibilitado para ejecutar su cargo.

Así las cosas, se confirmará la absolución frente a este punto determinada por parte del *quo*.

2. Del despido sin justa causa

Por otra parte, el demandante aduce tener derecho a la indemnización por despido injusto por cuanto no le fue comunicado que la decisión del finiquito contractual tuvo lugar con ocasión al periodo de prueba estipulado por las partes.

Ahora, sobre este tópico el artículo 76 del Código Sustantivo del Trabajo define el periodo de prueba como la etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del empleador, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones del trabajo. Igualmente, éste debe estar estipulado por escrito, pues en caso contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo (artículo 77 del CST) y, en los contratos de trabajo a término fijo cuya duración sea inferior a un (1) año, el período de prueba no podrá ser superior a la quinta parte del término inicialmente pactado para el respectivo contrato, sin que pueda exceder de dos meses. (Art. 78 *ibidem*.)

En cuanto a los efectos jurídicos de esta figura el artículo 80 de la mencionada codificación señaló:

1. El período de prueba puede darse por terminado unilateralmente en cualquier momento, sin previo aviso.
2. Los trabajadores en período de prueba gozan de todas las prestaciones.

Al punto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia SL4103 de 2018 precisó:

“Esta Sala de la Corte ha sostenido que las partes, inmersas en la relación laboral, están facultadas para pactar, por una vez, un lapso en el cual las mismas puedan cerciorarse de las ventajas o inconvenientes que pueda acarrear el vínculo y, una vez perfeccionado dicho acuerdo con las formalidades dispuestas en la ley, y sin evidencia de vicios del consentimiento, es posible la finalización sin previo aviso **y sin invocar motivación particular**. En providencia CSJ SL, 3 sep. 1980, rad. 7419, se expresó:

Enseña el artículo 76 del Código Sustantivo del Trabajo que el período de prueba es la fase inicial del contrato de trabajo y que tiene por objeto que tanto el patrono como el empleado puedan cerciorarse de las recíprocas ventajas o inconvenientes que traiga para ellos el vínculo laboral que han contraído. El artículo 77 exige que este período se pacte por escrito. Y el artículo 3° del Decreto Legislativo 617 de 1954, que modificó el 80 del Código, estatuye que durante el período de prueba el contrato puede darse por terminado en cualquier momento sin aviso previo y, obviamente, sin necesidad de invocar motivo concreto para hacerlo.

Ello significa que si en un contrato de trabajo se estipula de modo regular el período de prueba y si no se alega y demuestra que el consentimiento de alguna de las partes, respaldado con su firma en el contrato, está viciado por error, fuerza o dolo, dicho pacto debe tener todas sus consecuencias jurídicas, sin que le sea dable al intérprete de aquellas normas descalificarlo con argumentos o reflexiones que no surjan de su prístino texto, porque al hacerlo viene a quebrantar los preceptos por errónea exégesis. Ejercer el derecho de dar por terminado el contrato de trabajo que surge del pacto de período de prueba no implica entonces despido injusto del empleado.

Quebranta pues la sentencia impugnada los artículos 76 y 80 del Código Sustantivo y, además, aplica en forma indebida el artículo 8° del Decreto Legislativo 2351 de 1965, como lo asevera el recurrente.

De acuerdo con la providencia en cita, **las únicas condiciones para dar por terminado el contrato laboral, invocando el período de prueba, es su pacto por escrito, que no exceda la duración máxima legal y que la manifestación de voluntad no esté mediada de error fuerza o dolo**. En ese orden, el fallador imprimió una hermenéutica equivocada a las normas que rigen el período de prueba, al señalar que el empleador estaba obligado a motivar la decisión fundado en el desempeño y aptitudes del trabajador en período de prueba. Dicho error lo llevó a interpretar erróneamente el artículo 64 del CST, en cuanto tasó unos perjuicios como consecuencia de una conducta que, como se dijo, estaba amparada por el ordenamiento sustantivo.

[...]

Adicional a lo considerado en sede casacional, se tiene que la indemnización de perjuicios de que trata el artículo 64 del CST, más allá de su ocurrencia exige una actuación reprochable al empleador. En este sentido, la disolución del contrato, podría dar lugar a daños acreditables por cualquiera de las partes, lo que otorgaba la titularidad al afectado para reclamar el resarcimiento de un eventual hecho dañino desprovisto de justificación legal.

Para el caso, las normas sobre período de prueba, amparaban la posibilidad de dar por terminada la relación, sin que debiera invocarse al efecto los móviles por los cuales la contratación no se prolongaba más allá de dicho lapso. En esas condiciones, la sentencia de primer grado que declaró injustificado el despido, debe ser revocada y, en su lugar se absuelve a la demandada de las pretensiones incoadas”.

En el caso bajo estudio, el juez de primer grado consideró que entre las partes se pactó periodo de prueba, el cual se encuentra respaldado en el contrato de trabajo allegado al plenario que en su tenor literal reza (f. 69 archivo 10):

CUARTA.- PERIODO DE PRUEBA Y DURACIÓN DEL CONTRATO: El presente contrato tendrá una duración fija de **TRES MESES (3)**, contados a partir de la fecha de ingreso. Independientemente del número de renovaciones, este contrato siempre se considerará como celebrado a término fijo. Si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado o renovado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no renovar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días calendario, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente. Las primeras tres prórrogas, de existir, serán iguales al tiempo inicialmente acordado o por un lapso inferior y de ahí en adelante, el término de renovación de cada período será de un (1) año.

EL TRABAJADOR ingresa a servicio del **EMPLEADOR** en periodo de prueba de dieciocho días (18), término que no puede ser superior a la quinta parte del término fijo, y en todo caso, no superior a dos (2) meses.

Igualmente quedó demostrado y no fue objeto de reparo que el tiempo establecido como periodo de prueba no excedió el máximo legal contemplado en el artículo 78 del CST, de suerte que para esta Corporación resfulge cristalino que el convocante fue desvinculado de la entidad dentro del aludido interregno, esto es, al segundo día de su vínculo laboral, y si bien con los medios de convicción arrimados al plenario no se puede colegir con certeza que el empleador le comunicó los motivos de su desvinculación en aplicación a dicha figura, lo cierto es que ello no es un presupuesto para la terminación de la relación laboral, pues los mismos se circunscriben a que estuviera pactado en el contrato de trabajo y que no excediera el máximo legal, lo que quedó plenamente acreditado, sumado a que no se probó y tampoco se adujo algún vicio del consentimiento, lo que conlleva en este aspecto confirmar la decisión objeto de apelación.

Dado el resultado desfavorable del recurso para el demandante, se le impondrá las costas de esta instancia

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO. -: **CONFIRMAR** la sentencia apelada proferida el 13 de junio de 2023 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO. - COSTAS, a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de (1/2) smlmv, por concepto de agencias enderecho de esta instancia. Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

Magistrada Sustanciadora: LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105015 2018 00665 01

Demandante: Elizabeth Pinto León

**Demandados: Yehimy Yojana Carrillo Martínez y Ambhar C&M
S.A.S.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora **Elizabeth Pinto León**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a Yehimy Yojana Carrillo Martínez y Ambhar C&M S.A.S. a fin de que se declare que existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido con la primera mencionada, entre el 15 de enero de 2006 y el 8 de marzo de 2017, el cual terminó sin justa causa imputable al empleador.

En consecuencia, reclama por todo el tiempo laborado el reconocimiento de: i) cesantías y sanción por su no pago oportuno, ii) intereses a las cesantías con sanción, iii) vacaciones, iv) prima de servicios, v) indemnización por terminación sin justa causa, vi) sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, vii) los aportes al sistema pensional, o subsidiariamente la pensión sanción de que trata el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, viii) indexación y, ix) costas.

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de sus súplicas, la actora en síntesis señaló que:

1. El 15 de enero de 2006 se vinculó como trabajadora de Yehimy Yojana Carrillo Martínez mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido.
2. Se desempeñó como operaria de maquinaria de confección, específicamente de fileteadora y le suministraron un uniforme para el desarrollo de su labor.
3. Tenía como lugar de trabajo la sede de la empresa ubicada en la Carrera 84 No. 68-10 de la ciudad de Bogotá.
4. Su jornada laboral era de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., y los sábados de 7:00 a.m. a 12:00 m.
5. Su jefe inmediato era Yehimy Yojana Carrillo Martínez.
6. Devengó como último salario mensual la suma de \$1.000.000.
7. Los días 12 de febrero de 2011 y 24 de julio de 2012 se expidieron certificaciones laborales a su favor.
8. No ha recibido liquidación final por la terminación de su contrato.
9. Pretendió reclamación por sus derechos laborales ante el Ministerio del trabajo, sin que la demandada asistiera, como consta en certificación del 30 de agosto de 2017.
10. Yehimy Yojana Carrillo Martínez y la sociedad Ambar C&M S.A.S. tienen unidad de empresa, ya que laboran en el mismo sitio, con igual maquinaria y empleados, atendiendo a los mismos clientes.
11. La empresa Ambar C&M S.A.S. es representada legalmente por Yehimy Yojana Carrillo Martínez.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 30 de agosto de 2018 (f. 21 archivo 1), repartida al Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, quien después de subsanada la admitió mediante auto del 8 de marzo de 2019 (f. 32 archivo 1).

Yehimy Yojana Carrillo Martínez, representada mediante curadora ad litem, se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó que no eran ciertos o no le constaban los hechos. Como fundamento de defensa adujo que no obra documento alguno que permita determinar los extremos temporales del vínculo laboral alegado en la demanda. Formuló las excepciones de ausencia de solidaridad en cabeza de la compañía, Falta de legitimación en la causa por pasiva, la demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan sus pretensiones, cobro de lo no debido, temeridad de la demanda y actuación indebida de los demandantes, genérica, y prescripción. (archivo 5).

El curador ad litem de Ambar C&M S.A.S. se opuso a las pretensiones por no estar dirigidas en su contra y señaló que no le constaban los hechos del escrito introductorio. Presentó como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, la demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan sus pretensiones, cobro de lo no debido, temeridad de la demanda y actuación indebida de los demandantes, la genérica y prescripción.

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia de fecha 10 de julio de 2023, dispuso (archivo 19):

“[...]

PRIMERO: ABSOLVER A LAS DEMANDADAS YEHIMY YOJANA CARRILLO y la persona jurídica **AMBHAR C&M S.A.S.** de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por la señora **ELIZABETH PINTO LEON** y en esos términos **DECLARAR PROBADAS** las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación invocadas por las curadoras ad litem de las partes demandadas, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada y dado el resultado desfavorable para la parte demandante (trabajadora), se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta”

Para arribar a la anterior determinación señaló en apretada síntesis que las dos certificaciones de tiempos alegadas por la parte demandante fueron expedidas

por dos personas, una jurídica ya liquidada y otra natural, ajenas al presente proceso. El documento expedido por el Ministerio de Trabajo correspondiente a la no comparecencia del representante legal de la sociedad Ambar Confecciones a audiencia de conciliación no da fe de ninguna prestación de servicio por parte de la convocante y tampoco las fotos aportadas donde se visualiza un taller, máquinas y personas de traje azul demuestran tal circunstancia, de suerte que, la promotora del proceso no cumplió con la carga mínima que le correspondía en estos asuntos, esto es, es la prestación personal del servicio para que opere la presunción de la existencia de un contrato de trabajo.

5. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Se surte ante esta Corporación el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la demandante, de conformidad a lo estipulado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, ninguna de las partes se pronunció.

8. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala deberá establecer si entre la demandante Elizabeth Pinto León y Yehimy Yojana Carrillo Martínez existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 15 de enero de 2006 y el 8 de marzo de 2017, con el consecuente pago de las acreencias laborales reclamadas; o si, por el contrario, como lo concluyó el juzgador de primer grado, no se demostró la prestación del servicio, y por tanto ni siquiera hay lugar a la aplicación de la presunción del artículo 24 del CST.

II. CONSIDERACIONES

En virtud de los antecedentes expuestos y en consecuencia con lo dispuesto en el artículo 69 modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, procede esta Sala a estudiar el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la parte demandante:

1. De la existencia del contrato de trabajo.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, reza que, a la hora de expedirse un estatuto del trabajo, se deben tener en cuenta unos principios fundamentales mínimos, tales como:

“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales ...” (Resaltado de la sala).

Por otro lado, en el artículo 4° de la Recomendación 198 de la OIT, se insta al Estado a incluir medidas tendientes a:

“(a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes...”

Además, se contempló en el artículo 13, del citado escrito que:

“...Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y

las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador. ...”

A su turno, el artículo 22 del CST lo define así: *“es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración”*, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado en *“múltiples oportunidades, que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, constituye un elemento cardinal de nuestro ordenamiento jurídico laboral, el que se encuentra consagrado en el artículo 53 de la CN, con sustento en el cual los jueces pueden dejar a un lado las formas convenidas por las partes de una relación contractual para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado, por lo que si de dichas circunstancias se evidencia el elemento de la subordinación característico de un contrato de trabajo, se impone derivar de ello, las consecuencias jurídicas que prevé la ley”* (CSJ SL3564-2021).

En ese orden, la prestación personal del servicio corresponde acreditarla a quien reclama su existencia, la cual debe surgir de la contratación directa de quien se afirma fungió las veces de empleador, durante todo el lapso que reclama la vigencia del vínculo, realizada no por iniciativa propia de quien la ejecutó, sino bajo la supervisión, vigilancia, control, dirección y órdenes que para el efecto disponga o prevea el contratante, para enrostrarle la calidad de empleador; de ahí, que por previsión legal, demostrada la prestación personal del servicio, se presuma la existencia del contrato de trabajo, como lo consagra el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo.

Entonces, es claro que, no sólo en virtud del artículo 24 del CST, sino por cuenta del artículo 53 Superior, también denominado principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, que al trabajador le basta inicialmente acreditar el primer requisito contenido en el artículo 23 del CST, esto es, la prestación personal del servicio, acreditado ese elemento, se presume la existencia del vínculo laboral, por así disponerlo el legislador en el artículo subsiguiente, quedando en cabeza del empleador, desvirtuar dicha presunción, que el juez de manera automática no puede basarse en el contrato que éste aduzca, o la documental que en forma nominada señala que el contrato fue de prestación de servicios u otra naturaleza; así como tampoco atenerse a la calificación que los testigos hagan de esa relación como una forma de ratificar una pregunta que lleva implícita la respuesta, sino de los hechos concretos, que en cuanto modo, tiempo y lugar, realmente permitan establecer las características de la relación, ya que, si bien en un principio las partes pudieron acordar los términos de una relación independiente, eso no obsta para que en el lapso de aquélla exista una transformación que implique la subordinación del contratista, o aun habiendo acordado tales términos, se hizo como una manera de desconocer los derechos laborales. Por esa razón, se exige el análisis conjunto de las pruebas para establecer si realmente lo acreditado por el supuesto empleador tiene el mérito de desvirtuar con tal firmeza la presunción de la relación laboral a favor del trabajador.

Cabe agregar, que con la introducción de nuevos elementos en las estructuras empresariales y la forma como ha avanzado la contratación, el elemento de la subordinación debe mirarse desde otra óptica, esto es, de manera contextualizada; de ahí que, en aras de dilucidar ese aspecto, como se dijo atrás, la Recomendación 198 de la OIT, compiló un haz de indicios, que permite identificar en qué eventos, la forma como se desarrolló la labor encaja o no en una relación laboral.

Así, tal como quedó reseñado en la sentencia CSJ SL1439-2021, se han identificado ciertos criterios, como la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el

cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020); sin que, con esta relación, se entienda completada la labor de identificación de esos elementos propios de subordinación, pues, pueden ir surgiendo nuevas circunstancias, que sumadas en la forma como se fue desarrollando la relación, permitan verificar que la contratación en realidad fue laboral.

2. Caso concreto.

Bajo tales derroteros, se recuerda que la demandante adujo que prestó sus servicios a favor de la empleadora Yehimy Yojana Carrillo Martínez mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido celebrado el 15 de enero de 2006, para desempeñar el cargo de operario de máquinas.

Para el efecto se aportó al plenario las siguientes pruebas:

Certificación de fecha 12 de febrero de 2011 suscrita por Yehimy Carrillo con el nombre de la empresa AMBHAR C. NIT 52.910.531-4, en el cual consta que la señora Elizabeth Pinto, se desempeñaba en el cargo de operaria de máquina con contrato de prestación de servicios desde el 16 de enero de 2006 con un sueldo de \$700.000. (f. 11 archivo 1).

Documento suscrito por el señor Gustavo Carrillo Castro dirigido a la Caja de Compensación Colsubsidio del 24 de julio de 2012, por medio del cual certifica que la señora Elizabeth Pinto León, presta el servicio de costura a Satélite desde hacía unos años con un promedio mensual de \$650.0000 (f. 13 archivo 1).

Imágenes fotográficas, conforme se ilustra (f. 15 a 20 archivo 1):



Certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio, de la sociedad AMBHAR C&M S.A.S. identificada con NIT 901046334-1, constituida el 23 de enero de 2017 (f. 27 a 31 archivo 1).

Certificación de la Cámara de comercio de fecha 15 de enero de 2019, correspondiente a la cancelación de matrícula del establecimiento de comercio AMBHAR C. registrado bajo el número 02329888 del 11 de junio de 2013, a partir del 31 de marzo de 2018 (f. 25 y 26 archivo 1).

Acorde con los medios de convicción, los cuales se ciñen a las pruebas documentales reseñadas, no es posible extraer la prestación personal del servicio de la señora Elizabeth Pinto León a favor de Yehimy Yojana Carrillo Martínez, pues como tal como lo precisó el juez de primer grado, la certificación del 24 de julio de 2012 fue suscrita por el señor Gustavo Carrillo Castro, quien no hace parte en el presente proceso, y por ende, lo expuesto en dicho documento no

guarda relación alguna respecto de la convocada a juicio la señora Carrillo Martínez.

En relación a la constancia del 12 de febrero de 2011, se advierte que, si bien fue suscrita por Yehimy Carrillo, no se indica si lo hace como representante legal, administradora, o propietaria de AMBHAR C. identificada con NIT 52.910.531-4 según se relaciona en el mismo documento, tampoco se tiene certeza si AMBHAR C. es una sociedad o establecimiento de comercio, pues de corresponder al segundo caso, nada se ilustró en los supuestos fácticos de la demanda y tampoco es posible colegir que la señora Yehimy Carrillo sea dueña del mismo, máxime cuando en la certificación de cancelación de matrícula del establecimiento de comercio que se aportó al plenario, no se indica el nombre de su propietario, además fue matriculada el 11 de junio de 2013 bajo el número 02329888, es decir, corresponde a un número de identificación distinta y a un establecimiento creado con posterioridad a la calenda en que se expidió la constancia aludida, y bajo ese entendido, se itera, no se tiene certeza si la persona natural convocada a juicio suscribió la certificación en calidad de dueña de AMBHAR C. para el año 2011, establecimiento o empresa sobre la cual se dejó constancia que la propulsora de la acción prestó sus servicios como de operaria de máquina con contrato de prestación de servicios desde el 16 de enero de 2006.

En otro punto, la fuerza de persuasión del material fotográfico obrante en el informativo se aviene insuficiente para dar por acreditada la prestación de servicios, pues de las imágenes no se infiere ninguna circunstancia que permita identificar a la demandante ejecutando labores a favor de Yehimy Carrillo.

En ese orden de ideas, nuevamente se recuerda, que cuando se reclama la declaratoria de un contrato realidad de carácter laboral, como sucede en este asunto en unas fechas precisas, se ha establecido que la carga probatoria que le asiste a la parte demandante corresponde a demostrar la prestación personal del servicio a favor del llamado a juicio, para que se active la presunción de la existencia de un vínculo de trabajo en los términos previstos en el artículo 24 del CST y, acreditado ello, será al empleador a quien le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que prueben que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.

Conforme a lo anterior, la Sala debe advertir que el juez de primera instancia no incurrió en ningún desatino probatorio o jurídico, dado que como se explicó, del examen objetivo de las pruebas que obran en el informativo, no se puede inferir la existencia del vínculo laboral pretendido, concretamente, la prestación personal del servicio en beneficio del demandado en los extremos reclamados, lo que imposibilita aplicar la presunción legal antes referida. Por lo tanto, se confirmará la decisión recurrida.

Sin costas en esta instancia, pues la decisión se estudia en grado jurisdiccional de consulta.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo impugnado del 10 de julio de 2023, emitido por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105036 2021 00253 02

Demandante: Ivonne Tashko Álvarez

Demandados: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Llamada en Garantía: Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora Ivonne Tashko Álvarez actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y

Cesantías S.A. y la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (folio 4-5 archivo 01):

“PRETENSIONES:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. *Que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación en pensiones de **IVONNE TASHKO ALVAREZ** con la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas que aquel le reportaría.*
2. *Que se declare que el traslado de régimen pensional de **IVONNE TASHKO ALVAREZ**, no se dio de manera libre y voluntaria tal como lo exige el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.*
3. *Que se declare que **PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A** no informaron a mi mandante sobre los términos del traslado entre regímenes, ventajas, desventajas y riesgos del mismo, de acuerdo a lo contemplado en el literal d) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009 y lo establecido en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994.*
4. *Que se declare que como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y de afiliación con la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, actual fondo de pensiones de mi mandante, debe trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, actual administradora de pensiones del régimen de prima media con prestación definida.*
5. *Que se declare que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, administradora del régimen de prima media con prestación definida, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia y/o ineficacia de*

traslado y de afiliación al régimen de ahorro individual, debe activar la afiliación de mi mandante **IVONNE TASHKO ALVAREZ**, en el régimen de prima media con prestación definida.

6. Se declare que la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES-COLPENSIONES** como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado y de afiliación al régimen de ahorro individual, debe aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de **IVONNE TASHKO ALVAREZ**.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación de **IVONNE TASHKO ALVAREZ**, con la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, se condene a **PROTECCIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A**, por ser el fondo en el que se encuentra afiliada la demandante, a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**.

2. Que se condene a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A**, a enviar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, el detalle de traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación de **IVONNE TASHKO ALVAREZ**.

3. Que se condene a las sociedades **PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A** y **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A**, a enviar los posibles remanentes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que aún reposen al interior de cada entidad, a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

4. Que se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y de afiliación al régimen de ahorro individual, a activar la afiliación de mi poderdante, **IVONNE TASHKO ALVAREZ** en el régimen de prima media con prestación definida.

5. Se condene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual, a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de **IVONNE TASHKO ALVAREZ**.

6. Se condene a las demandadas al reconocimiento, liquidación y pago de los demás derechos laborales a que haya lugar, y que resulten probados dentro del proceso, atendiendo los principios *ULTRA Y EXTRA PETITA*.

7. Condenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, S.A, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** a pagar las costas del presente proceso y las agencias en derecho.

HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Nació el 6 de septiembre de 1963.
2. Desde el 23 de abril de 1992 se encontraba afiliada al ISS hoy Colpensiones.
3. El 1° de noviembre de 1997 se trasladó al RAIS hacia la AFP Porvenir S.A, quien no le brindó información adecuada y completa acerca del RAIS, como tampoco le informó sobre las características, condiciones, acceso, servicios y diferencias frente al RPMPD.
4. El 1° de junio 2002 migró a la AFP Skandia S.A, administradora que omitió lo mismo que la anterior AFP.
5. El 1° de abril de 2002 retomó su afiliación a la AFP Porvenir S.A.
6. El 1° de septiembre de 2005 se afilió a la AFP Protección S.A, incumpliendo en los mismos términos que las anteriores de su deber de información.
7. Tiene 57 años.
8. Se encuentra afiliada a la AFP Protección S.A.

9. El 8 de abril de 2021 presentó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la ineficacia del traslado a la AFP y la reactivación de su afiliación al RPMPD.
10. El 9 de abril de 2021 Colpensiones negó la solicitud.
11. El 12 de abril de 2021 presentó derecho de petición ante Porvenir solicitando anulación de su afiliación.
12. El 12 de abril de 2021 solicitó ante Protección S.A. copia de los soportes de afiliación y asesoría junto con la pretensión de trasladar los aportes con sus rendimientos a Colpensiones.
13. El 12 de abril de 2021 mediante petición solicitó a la AFP Skandia copia de los soportes de su afiliación y la asesoría recibida.
14. Porvenir S.A. contestó la petición elevada el 30 de abril de 2021, remitiendo formulario de afiliación y reporte de tiempos cotizados.

2. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 19 de mayo de 2021 (archivo 02) y fue admitido el líbello introductorio, con proveído del 18 de agosto de 2021 (archivo 04).

Posterior a ello, mediante proveído adiado 28 de octubre de 2022 se aceptó el llamamiento en garantía solicitado por Skandia Administradora De Fondos De Pensiones y Cesantías S.A. frente a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. (archivo 21)

Skandia Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías S.A., dio contestación en forma legal y oportuna. Como sustento de su defensa sostuvo que, que al seleccionar el RAIS, la actora aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, más aún cuando el traslado a esta AFP, provino de las administradoras Porvenir y Santander hoy Protección y no de una entidad del RPMPD, que su afiliación se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de su migración y conforme a los postulados de buena fe. No se opuso ni se allanó frente a las demás

pretensiones de la demanda. Formuló las excepciones denominadas: Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica . (Archivo 06).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones. Como sustento de su defensa indicó que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante es completamente válido y eficaz, que la misma no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación, agregó que en caso de que se acceda a declararla, la devolución de los rendimientos financieros, gastos de administración, dejaría a la demandante en una situación más favorable que la que tendría de haber permanecido en el RPMPD, dado que recibiría dineros que no se generan en este régimen pensional. Formuló las excepciones que denominó: Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 07).

La Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, manifestando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria y que, al momento de efectuarse las afiliaciones al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se encontraba inmersa en las causales de prohibición y por ende su traslado es válido conforme lo indica la normatividad. Añadió que carga de la información no sólo está en la AFP, sino que también es deber del afiliado o el cliente informarse del servicio que va a adquirir, finalmente señaló que en virtud del principio de legalidad no puede activar la afiliación

en el RPM de un afiliado que se encuentra vinculado a un régimen diferente. Formuló las excepciones denominadas: La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica. (Archivo 13)

La Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. contestó la demanda oponiéndose a las suplicas de la demanda, con fundamento en que la afiliación de la demandante a la AFP Santander hoy Protección S.A., constituye un acto jurídico plenamente válido emanado de su voluntad, razón por la cual señaló que no puede predicarse que el traslado de la demandante no se dio de manera libre, dado que por su propia iniciativa, en forma libre y voluntaria decidió cambiar de régimen pensional, añadió que la actora recibió información adecuada, completa, íntegra, honesta, veraz, oportuna y suficiente sobre todas las características del régimen y sus diferencias respecto al RPMPD, agregó que no hay lugar a trasladar a Colpensiones el monto del capital que reposa en la cuenta de ahorro individual, por cuanto no hay una causal legal que faculte para ello, teniendo en cuenta que no existe vicio del consentimiento en la afiliación que conlleve a la nulidad. Agregó que, no hay lugar a que se condene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y gastos de administración, finalmente dijo que la demandante no puede trasladarse de régimen ya que se encuentra dentro de la limitante de los últimos diez años para el cumplimiento de la edad de pensión. Formuló las excepciones denominadas: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, reconocimiento de

restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguro previsional cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica. (Archivo 09-14)

Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. contestó la demanda. Frente a las pretensiones de la demanda no se allanó ni se opuso a ellas en razón a que guardan relación con otros sujetos pasivos, no obstante frente al llamamiento en garantía se opuso a la súplica encaminada a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado, manifestando que el único objeto de éste es que, en caso de realizarse el riesgo, se impone para la aseguradora “el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente”; adicionó que el objeto jurídico material de las pretensiones propuestas en la demanda no guardan relación de identidad con el del seguro por lo que es un imposible jurídico que tenga que responder por las consecuencias derivadas de una sentencia estimatoria de aquellas. Respecto a la demanda formulo las excepciones de: Las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles y reconocimiento oficioso de excepciones.; Y de la contestación al llamamiento en garantía presento las excepciones denominadas: El llamamiento en garantía realizado a Mapfre es improcedente por cuanto Skandia S.A. carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia, Mapfre no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP Skandia, y, por lo mismo, no está obligada a

restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones. (Archivo 23)

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TREINTA Y SEIS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 19 de febrero de 2024, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 42):

“PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado efectuado por **IVONNE TASHKO ÁLVAREZ** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1° de octubre de 1997, a través de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.**, a normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas. Así como entregar el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS.

TERCERO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación de este con dicha AFP, por conceptos de gastos de administración, comisiones, costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: CONDENAR en **COSTAS** a **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A y SKANDIA S.A.**, Liquidense como agencias en derecho con la suma de un millón de pesos (\$1.000.000), a cargo de cada una de las encartadas.

SEPTIMO: CONSÚLTASE con el Superior la presente sentencia, en favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S

Para arribar a tal conclusión, en primer lugar, precisó que las AFP convocadas no allegaron ningún medio probatorio que permitiera corroborar que a la demandante al momento del traslado de régimen pensional se le explicaron todas las características de cada uno de los regímenes a efectos de que esta tomara la mejor decisión en cuanto a su futuro pensional.

Frente a la excepción de prescripción señaló que el derecho a la seguridad social es irrenunciable y que de allí emana la característica imprescriptible del derecho a la pensión.

Finalmente, con relación al llamamiento en garantía que realizó Skandia frente a Mapfre, indicó que no se cumplen los presupuestos necesarios en tanto la póliza de aseguramiento suscrita entre esas dos entidades, no cubren los riesgos sobre los cuales se fulminan las condenas, razón por la cual no está llamada a responder por ninguna de las obligaciones.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, Colpensiones, Porvenir S.A y Skandia S.A. presentaron sendos recursos de apelación.

Colpensiones estimó que se presentó la existencia de una indebida o nula interpretación del artículo 1604 del Código Civil, como quiera que la interpretación del citado canon realizada por la Corte Suprema de Justicia, hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS pero si obliga a que la carga probatoria recaiga en el fondo, en virtud de lo anterior y teniendo en cuenta lo pretendido por la demandante, manifestó que se afectaría gravemente la sostenibilidad financiera de sistema y se aumenta en forma considerable el pasivo pensional existente con el que cuenta la entidad. Que en torno al gran número de demandas que afronta, es Colpensiones quien se ve afectada de forma grave y permanente, pues el permitir que una persona se

beneficie con las cotizaciones de los demás, no solo resulta contrario al concepto constitucional de equidad sino también al principio de eficiencia pensional. Finalmente, agregó como pretensión subsidiaria en caso de que no sean acogidos sus argumentos, se condicione al cumplimiento de la sentencia por su parte, previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante por las AFP, como lo son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración y demás a que hubieren lugar, debidamente indexados.

Porvenir S.A. expresó que cumplió con la carga de la prueba que le correspondía en atención al artículo 167 del Código General del Proceso, que con la contestación de la demanda aportó los formularios de afiliación que fueron suscritos de manera libre y voluntaria por la demandante, que constituyen la prueba idónea para acreditar el deber de información y que en su momento, a través de los asesores comerciales dio cumplimiento a la normatividad vigente para la época, el Decreto 663 de 1993, el Decreto 692 de 1994. Agregó que, no es viable que se le exija aportar una evidencia probatoria diferente a la ya mencionada en razón a que se encuentra imposibilitado para ello. Sumado a lo anterior, señaló que la actora contaba con la posibilidad de trasladarse a Colpensiones dentro de los 3 años siguientes a su vinculación inicial con Porvenir vigencia del texto original de la Ley 100 o en su defecto con los demás fondos de pensiones a raíz de la expedición de la Ley 797 del año 2002 pero que pese a ello siguió vinculada al RAIS efectuando traslados horizontales. Por otro lado, respecto a la condena de trasladar los gastos de administración, seguros previsionales entre otros rubros, dijo que no resulta válida atendiendo al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues resaltó que no debe desconocerse la rentabilidad que se evidencia en los extractos de la cuenta de ahorro individual, sumado al hecho de que adquirió una póliza de aseguramiento con una compañía de seguros, encontrándose la demandante amparada por los riesgos de invalidez y muerte, invirtiendo en ello recursos que no se encuentran en la actualidad en su poder, por lo que expresó que es materialmente imposible trasladarlos a Colpensiones. Respecto a la

indexación señalo que en caso de confirmarse la sentencia, se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y un doble pago, ya que los rendimientos generados compensan la pérdida adquisitiva de la moneda. Finalmente, procedió hacer un pronunciamiento frente al fenómeno de la prescripción, exponiendo que los gastos de administración y seguros previsionales no integran la cuenta de ahorro individual de la demandante ya que no financian una eventual prestación económica y que por el contrario dichos rubros son susceptibles del fenómeno contemplado en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

Skandia S.A. adujo que no es factible que deba retornar unos emolumentos a los cuales ya se les dio uso específico tal cual con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, agregó que administró la cuenta de ahorro individual de la actora garantizando una rentabilidad mínima, que de la misma manera en caso de cumplir con los requisitos para una pensión de sobrevivencia o invalidez garantizó el cumplimiento de ello mediante una póliza de contrato de aseguramiento, que si bien es cierto las pretensiones de la demanda giran en torno al reconocimiento de la declaratoria de una ineficacia, debe hacerse una ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas y la buena fe de durante toda la relación contractual con la demandante. Precisó que los rubros destinados a los seguros previsionales ya fueron pagados y no se encuentran en su disposición, por lo que el ordenar la devolución de dineros que no tiene y nunca administró, genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. No obstante, solicitó en caso de confirmarse el fallo de primera instancia, que la condena frente a los seguros previsionales sea retornada a la aseguradora Mapfre teniendo en cuenta que fue llamada a juicio porque se encuentra en discusión el contrato de aseguramiento y que la demandante no se encuentra afiliada al régimen de pensiones administrado por Skandia dado que se declaró el traslado ineficaz de todas las vinculaciones realizadas, razón por la cual la aseguradora no tendría por qué tener dentro de la póliza de aseguramiento a una afiliada que nunca estuvo dentro del sistema de pensiones, también agregó que en caso de confirmarse la sentencia no

debe condenarse a que dicho rubro se retornarse de manera indexada teniendo en cuenta que se le ordenó a los fondos privados no solo retornar los aportes sino también los rendimientos durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada, manifestando que dicho concepto puede compensar la devaluación causada en el tiempo.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte actora solicitó se ratifique la decisión del juez de primer grado, por su parte Skandia S.A. petición se revoque la sentencia de primera instancia al igual que Porvenir S.A. Finalmente Protección S.A. solicitó se revoque la sentencia proferida por el juzgado de primera instancia en lo que tiene que ver con la condena al pago de gastos de administración y primas del seguro previsional a favor de Colpensiones.

La Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, guardó silencio.

6. PROBLEMAS JURÍDICOS

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar:

i) ¿La sola suscripción del formulario de afiliación es prueba suficiente que acredite el deber de información que tienen las AFP cuando un afiliado se traslade del RPM al RAIS?

ii) ¿En el año 1997 las AFP tenían la obligación de asesoría para los afiliados al sistema general de seguridad social?

iii) En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima, en caso afirmativo, en caso afirmativo, ¿deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución

de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?

iii) ¿En razón a la declaratoria de ineficacia de traslado, debe Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. ser la encargada de devolver las sumas descontadas por concepto de seguros previsionales?

iv) ¿La orden de reintegrar los gastos de administración y seguros previsionales está cobijada por el fenómeno extintivo de la prescripción?

v) ¿La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones y las AFP Porvenir y Skandia S.A. al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1. De la ineficacia del traslado.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en la sustentación del recurso de apelación afirmó que, cumplió con la carga de la prueba que le correspondía en atención al artículo 167 del Código General del Proceso, que con la contestación de la demanda aportó los formularios de afiliación que fueron suscritos de manera libre y voluntaria por la demandante y que los mismos son la prueba idónea para acreditar el deber de información, también adujo sus asesores comerciales dieron cumplimiento a la normatividad vigente para la época, finalmente señaló que la actora tuvo diversas oportunidades de retornar a Colpensiones pero sin embargo, está decidió permanecer en el RAIS. Colpensiones y la AFP Skandia en momento alguno se mostraron inconformes con esa decisión al no recurrirla.

Por lo que la alzada se restringe a los demás puntos objeto de apelación, no sin antes hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del

traslado:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

4. Si se argumenta que, al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió la información, dado que es quien está en mejor posición de hacerlo, corresponde la carga probatoria

a su contraparte, administradora demandada, demostrar que sí la brindó. Como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia SU 107/2024, lo que realmente interesa es definir si las personas fueron debidamente informadas o no, de acuerdo con el estándar que existía para la fecha del traslado, antes de adoptar una decisión que a la postre repercutiría en su derecho pensional.

La carga de la prueba en cabeza de las AFP es, además, una manera de igualar las asimetrías de poder en las relaciones entre afiliados y éstas; pues como está decantado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en materia laboral “«la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual», pues mientras que la primera cuenta con una estructura corporativa especializada, experta y profesional, con capacidad de conocer los detalles de su servicio, el segundo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas que muchas veces no conoce ni domina, asimetría que puede acentuarse según las condiciones económicas, sociales, educativas y culturales de los afiliados (CSJ SL1688-2019)”.

Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021). Por lo que las AFP bien pueden acudir a los diversos medios de prueba para efectos de demostrar que en su momento cumplieron con el deber de información, y le corresponde al juez efectuar una valoración conjunta de las pruebas así practicadas.

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: “**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito

su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: “REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

Por su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar

al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 01 de diciembre de 1997 (f. 48 archivo 09), la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenía a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), *“entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna”* (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que el promotor del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155 2022, CSJ SL1637-2022), puesto que «esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado» (CSJ SL4205 2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por la demandante ante la AFP Porvenir (fº 48 archivo 07), se anota con la leyenda pre impresa: “HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASI COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR PARA QUE SEA LA UNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIEN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”, lo cual, no permite establecer si la actora recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: Radicación de Petición ante Colpensiones (fº120-125, archivo 03), respuesta de Colpensiones a petición (fº126-127, archivo 03), derecho de petición ante Skandia (fº128-130, archivo 03), derecho de petición ante Porvenir (fº131-132, archivo 03), respuesta de Porvenir a derecho de petición (fº133-136, archivo

03), segundo formulario de afiliación a Porvenir (f°137, archivo 03), relación de aportes en Porvenir (f°138-144, archivo 03), respuesta de Protección a derecho de petición (f°145-149, archivo 03), formulario de afiliación a Santander (f°150, archivo 03), reporte de semanas cotizadas en Colpensiones (f°151-155, archivo 03), historia laboral en protección (f°156-168, archivo 03), formulario de afiliación a Skandia (f°35-36, archivo 06), certificado de afiliación a Skandia (f°37, archivo 06), estado de cuenta en Skandia (f°38-40, archivo 06), certificado de afiliación a Skandia expedido por asofondos (f°41-43, archivo 06), póliza de seguro numero 920147000002 (f°49, archivo 06), historia laboral en Porvenir (f°30-34, archivo 07), certificado de afiliación en Porvenir (f°42, archivo 07), primer formulario de afiliación a Porvenir (f°48, archivo 07), comunicado de prensa (f°49-52, archivo 07), certificado de asofondos (f°48-49, archivo 09), reporte de estado de cuenta en protección (f°50-59, archivo 09), concepto 20151233910-002 de la Superintendencia Financiera (f°73-74, archivo 09), no permiten colegir que la AFP Porvenir S.A. haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte de la actora. Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

Ivonne Tashko Álvarez, informó en la práctica del interrogatorio que en el mes de octubre de 1997 mientras se encontraba laborando, le fue informado por parte del área de recursos humanos que habían llegado asesores de los fondos privados en razón a que el ISS ya no iba a existir, que las reuniones fueron de manera individual y no duraron más de 5 minutos, manifestó que solo le dijeron que dichos fondos eran su mejor opción, que le tenían a la mano lapiceros y formularios marcados con una x, las cuales indicaban dónde debía firmar. También señaló que no le explicaron que era una cuenta de ahorro individual, ni que eran los rendimientos financieros pero que probablemente si le dijeron algo de que eran los aportes voluntarios. Por otro lado, adujo que no le explicaron las distintas modalidades de pensión por vejez que ofrecía el fondo, las pólizas de aseguramiento y el derecho de retracto. Que si recibía extractos y que de él entendía los aportes. De su traslado a la AFP Skandia, señaló que lo efectuó debido a que el asesor le informó que, si le llegaba a fallecer,

sus aportes pasarían a su hija, pero que solo agregaron que sus rendimientos eran muy buenos y que se podía pensionar cuando ella quisiera. Señaló que no recuerda porque regresó a la AFP Porvenir, de los demás traslados solo añadió que hubo unos que se hicieron de forma automática por compras entre las compañías, que no recuerda porque se vinculó ni tampoco si firmó el formulario de afiliación con dicha AFP. Finalmente señaló que nunca verificó si la información que le fue brindada sobre la desaparición del ISS era cierta, y que su deseo de retornar al RPMPD se basa en la desconfianza que tiene en los fondos privados y por el monto de su mesada pensional.

De las respuesta brindada por la señora Tashko Álvarez, no se puede establecer que, exista confesión, como quiera que en los términos del art 191 del CGP, al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del CPT, para que opere dicha figura se requiere que lo expuesto por el declarante, sea adverso a sus intereses y de paso, resulte favorable a la otra parte, tal y como lo expuso la Sala de Casación Laboral en sentencia SL677-2020 *“Luego, sus aseveraciones no resultan adversas a sus intereses o favorables para su contraparte, capaces de ser catalogadas como confesión”*, sin que de este modo ninguna de las afirmaciones de la actora den cuenta de información alguna brindada por la administradora del fondo privado para el momento del traslado de régimen pensional.

En síntesis, se pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación con el deber que le asistía a la actora de informarse, sin embargo, se pasó inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado, fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Tampoco se puede pasar por alto que, si bien, no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el formulario de afiliación aportado, se itera de este no se evidencia si la demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirma este punto de la sentencia de primera instancia.

2. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación de los mismos

Por otra parte, y dado los recursos de apelación interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta a favor Colpensiones se hará referencia a la indexación de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar

al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo

concedido en esta instancia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos.

En virtud de lo anterior y como el *ad quo* ordenó la actualización monetaria con respecto a todos los conceptos, se modificará este punto de la sentencia atacada, en el sentido que sólo opera con respecto a gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, además, esa actualización se impone sobre los aportes, si la AFP no pone a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia. Y se adicionará en el sentido que el fondo de pensiones deberá discriminar los conceptos al momento de cumplirse la orden, es decir, indicarse sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Bajo ese entendimiento, se modificará y adicionará la decisión apelada y consultada en los términos ya indicados.

3. De la prescripción sobre los gastos de administración y demás descuentos.

En cuanto a los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía mínima ordenados devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado corren la misma suerte de la imprescriptibilidad, pues, su devolución se genera de la declaratoria de ineficacia del traslado, que hacen parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en sentencia 47984 del 20 de abril de 2015, al señalar que “la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” Por lo tanto en este punto se confirmará la decisión recurrida.

4. De la sostenibilidad financiera del sistema.

Como se expuso, el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub

examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

5. De la responsabilidad de la llamada en garantía.

No se pasa inadvertido que Skandia Pensiones y Cesantías convocó en garantía al proceso, a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., sin embargo, a juicio de esta Sala, dicha aseguradora no está llamada a responder o garantizar obligaciones a cargo de la administradora de pensiones, pues, es Skandia quien debe responder con sus propios recursos en la devolución de los emolumentos relacionados anteriormente, sin que ello afecte la relación jurídico contractual que existe las entidades. Luego entonces, no se impartirá condena a cargo de la llamada en garantía.

6. Plazo para el traslado de los dineros.

Con el fin de evitar controversias futuras, se les concederá un plazo de 30 días a Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

6. Costas

Se condenará en costas a Colpensiones, Porvenir S.A y Skandia S.A. por haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma desfavorable.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 19 de febrero de 2024 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A. a trasladar lo descontado por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, ***estos tres últimos conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos***, por todo el tiempo de permanencia de la actora.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en el sentido que, al momento de cumplirse la orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, para lo cual, se le concederá a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección y a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

TERCERO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

CUARTO. - Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho.

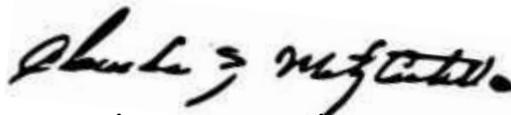
Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105030 2023 00139 01

Demandante: Saulo Vicente Morales

**Demandados: Administradora Colombiana de Pensiones –
Colpensiones y la Administradora de Pensiones
y Cesantías Porvenir S.A.**

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor Saulo Vicente Morales actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (folio 5 archivo 01):

“III PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. Que se declare la ineficacia del traslado efectuado por el señor Saulo Vicente Morales del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Sociedad Administradora

de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a finales del año 2002, iniciando cotizaciones en el mes de diciembre de 2002.

2. Que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de dicho traslado, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tener entre sus afiliados al señor Saulo Vicente Morales en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiera trasladado.

3. Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene el regreso del señor Saulo Vicente Morales al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración actualización de su historia laboral, al igual que el bono pensional que haya lugar.

IV. PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. Que se condene a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al que actualmente se encuentra afiliado el demandante, a anular la afiliación existente entre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, devolver todos los aportes efectuados, rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de administración a Colpensiones.

2. Que se condene a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y cargar correctamente las semanas trasladadas.

3. Que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

4. Que se condene extra y ultra petita.”

HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Fue afiliado al ISS hoy Colpensiones desde el 24 de enero de 1979 al 30 de noviembre de 2002.
2. A finales del año 2002 se trasladó al RAIS con destino a la AFP Porvenir S.A., iniciando cotizaciones en diciembre del mismo año.

3. Al momento de su migración el asesor no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas del RPMPD y el RAIS.
4. Nació el 24 de febrero de 1961 y cumplió los 62 años el 24 de febrero de 2023.
5. La AFP Porvenir S.A. realizó una simulación pensional donde le ofrecía una mesada pensional de \$2.009.700 para el año 2023.
6. En el RPMPD tendría una mesada pensional que equivaldría a la suma de \$5.370.464,35
7. Tiene un total de 2046 semanas cotizadas.
8. El día 15 de febrero de 2023 presentó derecho de petición ante Colpensiones, el cual fue contestado de forma negativa el mismo día.

2. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 24 de marzo de 2023 (archivo 02) y fue admitido el libelo introductorio, con proveído del 08 de junio de 2023 (archivo 03).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones. Como sustento de su defensa indicó que no existe una causal legal para que se declare la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que, en la afiliación realizada a Porvenir, no existe vicio en el consentimiento, ni causal de ineficacia, por cuanto cumplió a cabalidad con su deber de asesoría. Agregó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003, ya que cuenta con menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Formulo las excepciones denominadas: Prescripción buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas (archivo 06)

La Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, manifestando que la afiliación del actor al RAIS fue voluntaria, que por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación, cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal “e” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en razón a lo anterior añadió que solicitar el traslado entre regímenes en este momento es ilegal e improcedente Finalmente, adujo que en caso que se compruebe durante el proceso la omisión de la información y buen consejo de parte de las AFP, se condene a la AFP Porvenir S.A. a tratar al demandante conforme a las reglas del RPM inclusive para el cálculo de la pensión cuando esta cumpla con los requisitos y en consecuencia se absuelva a Colpensiones de recibir la afiliación de la actora. Propuso las excepciones que denominó: En caso de que se demuestre la falta de la información y buen consejo se absuelva a Colpensiones y se condene a la AFP Porvenir S.A. para que trate al demandante conforme a las reglas del rpm, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (archivo 07)

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TREINTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 19 de enero de 2024, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 14):

*“**PRIMERO: Declarar** ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor **Saulo Vicente Morales**, identificado con cédula de ciudadanía No.19.444.083, del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., a partir del **1° de enero del 2003**, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

SEGUNDO: Declarar válidamente vinculado al demandante **Saulo Vicente Morales** al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana De Pensiones –COLPENSIONES-, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condenar a la **Sociedad Administradora De Fondo De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración incluyendo los valores destinados a la adquisición de seguros previsionales y aquellos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el lapso en que permaneció en el RAIS administrado por la AFP PORVENIR SA, esto es, desde el **1° de enero del 2003** y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

CUARTO: Ordenar a la Administradora Colombiana De Pensiones –COLPENSIONES-, a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

QUINTO: Declarar no probadas las excepciones planteadas por las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Condenar en costas de esta instancia a la **Sociedad Administradora De Fondo De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, por secretaría líquidense e inclúyanse como agencias en derecho la suma de Cuatro Millones de Pesos (\$4'000.000) a cargo de esa administradora y a favor del demandante. Sin costas ni a favor ni en contra de la Administradora Colombiana De Pensiones –COLPENSIONES-.

SEPTIMO: Conceder el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la Administradora Colombiana De Pensiones COLPENSIONES, por resultar la presente decisión adversa a sus intereses.”

Para arribar a tal conclusión, precisó que en el plenario no obra pieza alguna por medio del cual la parte demandada pudiera demostrar que informó al demandante sobre los riesgos, ventajas y desventajas, razón por la cual se indicó que al momento del traslado de régimen no tenía los conocimientos previos de su verdadera situación pensional ni de las consecuencias del mismo traslado. Añadió que, aunque el demandante haya permanecido en el RAIS por más de 20 años, no puede entenderse ello como actos de relacionamiento.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, todos

los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor incluyendo sus rendimientos desde el 1° de enero de 2003 y hasta que se haga efectivo el regreso al RPMPD, de igual forma se le ordenó devolver con cargo a sus propios recursos las comisiones o gastos de administración, dineros destinados a primas de seguros previsionales y aportes trasladados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados por el lapso en que el demandante permaneció a la AFP y hasta que se haga efectivo su traslado.

En cuanto a Colpensiones, se le ordenó actualizar la información de la historia laboral del actor, una vez ingresen los dineros y garantizar el derecho pensional conforme a las normas del RPMPD.

Frente a las excepciones, manifestó que, no hay norma que consagre la prescripción cuando se origina una demanda que verse sobre el traslado de régimen pensional, agregando que el derecho pensional es imprescriptible. Respecto a la excepción de en caso de que se demuestre la falta de la información y buen consejo se absuelva a Colpensiones y se condene a la AFP Porvenir S.A. para que trate al demandante conforme a las reglas del RPMPD, propuesta por Colpensiones, el ad quo expresó que no es viable acogerse a ella dado que unas son las normas que regulan el RAIS y otras son las que regulan el RPMPD, razón por la cual cada uno de los fondos debe someterse a la legislación vigente. Por otro lado, hizo referencia a la excepción de compensación, diciendo que la ineficacia lleva consigo que las cosas vuelvan a su estado anterior como si nunca hubieran existido, pero debido a que existe un capital en medio, debe ordenarse la devolución de ello junto a sus frutos.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas se indicó qué estaría a cargo de Porvenir S.A. y que no se condenaría a Colpensiones ni a favor ni en contra por haber respetado el derecho de libre escogencia de régimen pensional, por no tener injerencia en el traslado que realizó el demandante y por haber negado la solicitud de traslado de régimen por estar el demandante inmerso en la prohibición legal del Ley 797 del 2003.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, Colpensiones y Porvenir S.A. presentaron sendos recursos de apelación.

Porvenir S.A. estimó que la parte actora realizó el traslado de régimen de forma libre y voluntaria razón por la cual no hay lugar a la declaratoria de ineficacia ni del traslado de rubros indexados, como de la condena en costas, así como tampoco de los gastos de administración, prima de seguro previsional, dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, con base en que la Corte Constitucional a través de conceptos doctrinados ha definido la indexación como un sistema que consiste en traer a valor presente el dinero para que éste no pierda su poder adquisitivo, y que contrario a ello los gastos de administración no perdieron el poder adquisitivo puesto que lograron incrementar el saldo de la cuenta de ahorro individual de la parte actora y que adicional a ello, estos no hubieran generado rendimientos en el RPMD en su favor. Por lo anterior, adujo que se configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor del RPMPD. Finalmente, frente a la condena en costas y agencias en derecho, manifestó que Porvenir no tiene ningún ánimo diferente que comparecer a juicio en razón a que el actor se encuentra en la prohibición legal que establece la Ley 797 del 2003 y que ni ella ni Colpensiones pueden acceder al traslado de régimen de manera voluntaria pues se requiere el ánimo conciliatorio.

Por su parte Colpensiones estimó que no se dio aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues adujo que para el caso en concreto el demandante ratificó su necesidad y conformidad de permanecer en el RAIS por más de 20 años, agregó que la declaratoria de la ineficacia del traslado contribuye a la descapitalización del sistema general de pensional y que así mismo afecta la sostenibilidad del sistema general de pensiones y el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Por otro lado, solicitó en caso de no acoger los argumentos antes expuestos y se confirme la providencia objeto dealzada, se condicione el cumplimiento de la sentencia por su parte previo al cumplimiento de la

devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante por parte de la AFP y que no se autoricen descuentos por conceptos de seguros previsionales tales como invalidez y sobrevivencia, agregando que no se proceda a la condena en costas en su contra en ninguna de las dos instancias por no haber participado en el acto que se presume ineficaz y por ser un tercero a quien se le causa un daño injustificado.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, la parte actora solicitó se ratifique la decisión del juez de primer grado; por su parte la AFP Porvenir S.A. reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación, solicitando se revoquen las condenas impuestas. Colpensiones guardó silencio dentro del trámite del traslado.

6. PROBLEMAS JURÍDICOS

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar:

- i)* ¿En el año 2003 las AFP tenían la obligación de asesoría para los afiliados al sistema general de seguridad social?
- ii)* En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima, en caso afirmativo, en caso afirmativo, ¿deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?
- iii)* ¿La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema?
- iv)* ¿Procede la condena en costas en contra de Porvenir S.A.?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Colpensiones y Porvenir S.A. al momento de sustentar sus respectivos recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a la administradora del RPM.

1. De la ineficacia del traslado.

Porvenir S.A. interpone recurso de apelación en el que indica que la parte actora realizó el traslado de régimen de forma libre y voluntaria razón por la cual no hay lugar a la declaratoria de ineficacia ni del traslado, por su parte la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones indicó que la declaratoria de la ineficacia contribuye a la descapitalización del sistema general de pensional y que así mismo afecta la sostenibilidad del sistema general de pensiones y el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Por lo que la alzada se restringe a los demás puntos objeto de apelación, no sin antes hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del traslado:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).

2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en

caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).

3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

4. Si se argumenta que, al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió la información, dado que es quien está en mejor posición de hacerlo, corresponde la carga probatoria a su contraparte, administradora demandada, demostrar que sí la brindó. Como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia SU 107/2024, lo que realmente interesa es definir si las personas fueron debidamente informadas o no, de acuerdo con el estándar que existía para la fecha del traslado, antes de adoptar una decisión que a la postre repercutiría en su derecho pensional.

La carga de la prueba en cabeza de las AFP es, además, una manera de igualar las asimetrías de poder en las relaciones entre afiliados y éstas; pues como está decantado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en materia laboral “la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual», pues mientras que la primera cuenta con una estructura corporativa especializada, experta y profesional, con capacidad de conocer los detalles de su servicio, el segundo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a

múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas que muchas veces no conoce ni domina, asimetría que puede acentuarse según las condiciones económicas, sociales, educativas y culturales de los afiliados (CSJ SL1688-2019)”.

Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021). Por lo que las AFP bien pueden acudir a los diversos medios de prueba para efectos de demostrar que en su momento cumplieron con el deber de información, y le corresponde al juez efectuar una valoración conjunta de las pruebas así practicadas.

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: “**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: “REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud

de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

Por su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993

hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que el actor migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 01 enero de 2003 (fº. 90 archivo 06), la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenía a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), *“entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna”* (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que el promotor del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155 2022, CSJ SL1637-2022), puesto que *«esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado»* (CSJ SL4205 2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

Y en efecto, si se hubiera aportado al proceso el documento de afiliación suscrito por el demandante ante la AFP Porvenir, el mismo no permitiría establecer si el actor recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: Derecho de petición ante Colpensiones (f°14, archivo 01), respuesta de Colpensiones a derecho de petición (f°16-18, archivo 01), reporte de semanas cotizadas en Colpensiones (f°20-28, archivo 01), historia laboral en Porvenir (f°29-37, archivo 01), camino pensional en Porvenir (f°40-42, archivo 01), conteo expediente n° 3457 (f°43- 47, archivo 01), relación histórica de movimientos en Porvenir (f°77-88, archivo 06), certificado de afiliación en Porvenir (f°89, archivo 06), certificado de asofondos (f°90-91, archivo 06) no permiten colegir que la AFP Porvenir S.A. haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte del actor.

Saulo Vicente Morales, informó en la práctica del interrogatorio que en el mes de noviembre del año 2002 a su puesto de trabajo se acercó una asesora de la AFP Porvenir a brindarle la posibilidad de trasladarse de régimen, que ésta le indicó que el ISS se iba a terminar y que era conveniente que se afiliara a Porvenir pues tendría una mejor pensión y no estaría en riesgo. Que no le realizó preguntas a la asesora en razón a todas las ventajas que le fueron informadas y que decidió permanecer en Porvenir por más de 20 años por la confianza que tenía en el fondo y porque no tenía información de Colpensiones. Del deseo de retornar al RPMPD dijo que se fundamenta en el sentir que fue engañado y traicionado por no habersele brindado toda la información necesaria

De las respuesta brindada por el señor Vicente Morales, no se puede establecer que, exista confesión, como quiera que en los términos del art 191 del CGP, al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del CPT, para que opere dicha figura se requiere que lo expuesto por el declarante, sea adverso a sus intereses y de paso, resulte favorable a la otra parte, tal y como lo expuso la Sala de Casación Laboral en sentencia SL677-2020 *“Luego, sus aseveraciones no resultan adversas a sus intereses o favorables para su contraparte, capaces de ser catalogadas como confesión”*, sin que de este modo ninguna de las afirmaciones de la actora den cuenta de información alguna brindada por la administradora del fondo privado para el momento del traslado de régimen pensional.

En síntesis, se pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación con el deber que le asistía al actor de informarse, sin embargo, se pasó inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que, las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad, en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado, fuera que estamos frente a controversia de carácter laboral, la que debe ser analizada bajo esta normatividad.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al accionante en el momento de su traslado de régimen pensional, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

2. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación de los mismos

Por otra parte, los recursos de apelación presentados y el grado jurisdiccional de consulta a favor Colpensiones se hará referencia a la indexación de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y

los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes, si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia. En consecuencia, la indexación opera sólo frente a estos tres últimos conceptos, como así lo dispuso el *a quo* se confirmará este punto de la decisión, y se adicionará en el sentido de que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

3. De la sostenibilidad financiera del sistema.

Como se expuso, el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

4. Plazo para el traslado de los dineros.

Con el fin de evitar controversias futuras, se les concederá un plazo de 30 días a Porvenir S.A. contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

3. Costas

Con respecto al recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. Se confirmará la condena en costas impuesta en su contra en razón a que a través de dicha administradora se configuro la ineficacia del traslado de régimen por el incumplimiento de deber de información, en los términos antes indicados.

En esta instancia se condenará en costas a Porvenir S.A. y Colpensiones por haber apelado y haberse despachado sus argumentos en forma desfavorable.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 19 de enero de 2024 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de que, al momento de cumplirse la orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, para lo cual, se le concederá a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A el término de 30 días para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, las sumas ordenadas.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO. - Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho.

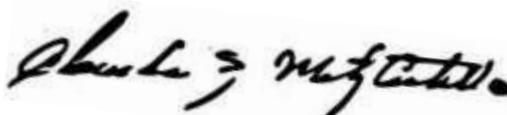
Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada