



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 23 2019 00568 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 2 de marzo de 2021, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MAGDA GUADALIPE DEL CARMEN AHUMADA ROJAS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que

se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 10 de febrero de 1961; que estuvo afiliada en pensiones a CAJANAL y realizó cotizaciones a dicha entidad hasta el 1° de octubre de 1999, fecha en que se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que al momento del traslado se encontraba vinculada con la FISCALIA Seccional Cundinamarca y la AFP demandada no le brindó información veraz, clara y suficiente respecto de las implicaciones y consecuencias positivas y negativas de permanecer en el RAIS; que el 14 de noviembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, hecho de un tercero, y calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado (fls. 124 a 136).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (fls. 142 a 168).

Dentro de la audiencia realizada el día 9 de julio de 2020, el Juzgado dispuso la vinculación al proceso de la UGPP (fl. 210).

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan en su totalidad. Como excepciones propuso la falta de agotamiento de la vía gubernativa, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación demandada, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales (Cd. 6, carp. 3).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 2 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la señor MAGDA GUADALUPE DEL CARMEN AHUMADA ROJAS al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, efectuado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. por el periodo Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., por el periodo de tiempo que estuvo afiliada a esta entidad, a devolver o trasladar todos los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación de la señora MAGDA GUADALUPE DEL CARMEN AHUMADA ROJAS, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del

*C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se deben devolver debidamente indexados. **TERCERO: DECLARAR** que la señora MAGDA GUADALUPE DEL CARMEN AHUMADA ROJAS para efectos pensionales, se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, hoy administrado por COLPENSIONES. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **QUINTO: ABSOLVER** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, de todas las pretensiones incoadas. **SEXTO: CONDENAR** en costas a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. **SÉPTIMO: ORDENAR** así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES”.*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo precisó, que la certificación expedida por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cundinamarca acredita que previo a que la demandante se trasladara al RAIS había realizado aportes a CAJANAL, por los servicios prestados en el Juzgado Penal Municipal de Ubaté. Sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional señaló que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la demandante es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que para el momento que se efectuó el traslado de régimen de la actora, no existía obligación legal relacionada con la documentación de la información que se brindaba al afiliado, o que ésta debiera tener o cumplir unas condiciones específicas, pues para dicho momento la única exigencia era la suscripción del formulario de afiliación. Agrega, que en caso de confirmarse la decisión, se revoque en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración, pues el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra autorizado en la ley y corresponde a la labor de administración que realiza la entidad y que se ve reflejado en los rendimientos que obtuvo la demandante en su cuenta, dice que ordenar la devolución de estos valores y los rendimientos causados constituiría un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta que la entidad no tiene ninguna relación con el traslado de régimen de la demandante, menos aun cuando nunca tuvo la condición de afiliada a esta entidad. Señaló que en el proceso no se acreditó la existencia de vicio en el consentimiento alguno para que operara la nulidad de traslado y la sola inconformidad con el monto del valor de la mesada pensiona que correspondería en uno u otro régimen no es razón suficiente para entender que el acto del traslado es ineficaz.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó

alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de PORVENIR presentó alegaciones y solicita que se revoque la decisión de primera instancia, al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la UGPP solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto no efectuó condena alguna en contra de la entidad.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; así como la procedencia de ordenar la devolución de los gastos de administración al RPM.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 10 de febrero de 1961 (fl. 31); **ii)** que prestó servicios al Juzgado Penal Municipal de Ubaté Cundinamarca entre el 6 de septiembre de 1988 y el 30 de diciembre de 1992, lapso durante el cual efectuó aportes

a CAJANAL (Cd. 3, archivo comprimido 3); **iii)** que el 4 de octubre de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR (fl. 50); **iv)** que el 1° de septiembre de 1999, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 51); **v)** que el 6 de diciembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 32).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos

regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o</i>

		<i>promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MAGDA GUADALUPE DEL CARMEN AHUMADA ROJAS se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el 4 de octubre de 1995, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a CAJANAL.

Sobre este particular, conviene precisar que si bien la UGPP aportó al expediente certificación donde consta que revisados los archivos de la entidad no se encontraron registros documentales de

la afiliación de la demandante a CAJANAL, la condición de afiliación inicial de la demandante al RPM a través de dicha Caja de Previsión, se acredita con la certificación expedida por la Dirección ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Cundinamarca (Cd. 3, archivo comprimido 3), documento aportado al expediente por el demandante y decretado como prueba de forma oficiosa por el juez de primera instancia y al cual es pertinente otorgarle validez probatoria en los términos del artículo 244 del CGP.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 1, audio 1, min. 21:57), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en la Fiscalía Seccional Cundinamarca, y allí acudieron asesores de COLPATRIA para promover el traslado de régimen pensional, que solo les informaron que CAJANAL se iba acabar y perderían los aportes realizados sino se trasladaban, además que obtendrían mayores beneficios como pensionarse de forma anticipada o reclamar los ahorros realizados.

Tampoco se deduce nada al efecto, del interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de PORVENIR (Cd. 1, audio 1, min. 19:30), pues al efecto solo manifestó que la entidad solo cuenta con los formularios de afiliación suscritos por la demandante como prueba de la información suministrada.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLPATRIA hoy PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo

órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Sobre este último aspecto es pertinente precisar que si bien la demandante con anterioridad al traslado realizó aportes a CAJANAL, en aplicación del Decreto 2196 de 2009, que dispuso la supresión y ordenó la liquidación de esta entidad, se generó el 1° de julio de 2009 un traslado masivo de los afiliados de dicha Caja al extinto ISS, siendo que la Caja hoy UGPP solo mantuvo la obligación del reconocimiento de obligaciones pensionales de sus afiliados que

hubieran cumplido los requisitos de la pensión de jubilación o vejez antes del traslado de afiliados en tanto la UGPP no fungiría como administradora del RPM.

Así las cosas, considerando la ineficacia del traslado de la afiliación de la demandante, bajo la ficción de que debió permanecer en la extinta CAJANAL, se tiene que para el 1° de julio de 2009 tenía apenas 48 años (fl. 31), por lo cual no cumplía el requisito de edad para acceder a la pensión de jubilación, por tanto, el reconocimiento de sus derechos pensionales pasó a ser responsabilidad de COLPENSIONES, siendo dicha entidad entonces la llamada a la reactivación de la afiliación de la demandante al RPM conforme el Decreto 2196 de 2009.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser

indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(Ausente por incapacidad médica)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MAGDA GUADALUPE DEL CARMEN AHUMADA ROJAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

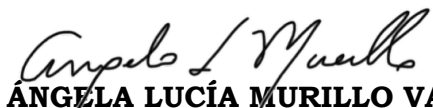
RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2019 00568 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 26 2019 00613 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR contra la sentencia proferida el 5 de octubre de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

MARTHA ISABEL DOZA BOLÍVAR, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 21 de noviembre de 1965; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 9 de agosto de 1985 y el 31 de enero de 1992, y realizó cotizaciones a dicha entidad por un total de 23.86 semanas; que el 1° de abril de 1994, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que al momento del traslado la AFP demandada no le brindó información sobre las implicaciones del traslado, consecuencias, ventajas y desventajas del acto que estaba suscribiendo; que el 16 de febrero de 2018, solicitó a COLPENSIONES la activación de su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad, número de semanas cotizadas y solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, declaración de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de ilegalidad (fls. 52 a 60).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la actora a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 70 a 90).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 5 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP demandada trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado el traslado realizado por la demandante MARTHA ISABEL DOZA BOLÍVAR al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de mayo de 1994, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia **SEGUNDO: CONDENAR** al Fondo de Pensiones Porvenir a transferir a la Administradora Colombia de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración **TERCERO: CONDENAR** a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las demás excepciones propuestas **QUINTO: CONDENAR** en costas en esta instancia a la demandada PORVENIR, fijando como agencias en derecho la suma de novecientos mil de pesos (\$900.000).”

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que el traslado de la demandante obedeció a una decisión libre y voluntaria que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, que para el momento que se efectuó el traslado de régimen de la actora, no existía obligación legal relacionada con la documentación de la información que se brindaba al afiliado, o que ésta debiera tener o cumplir unas condiciones específicas, pues para dicho momento la única exigencia era la firma del formulario de afiliación. Agrega, que en caso de confirmarse la decisión, se revoque en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración, pues estos descuentos se encuentran debidamente autorizados en la ley y corresponden a la labor de administración que realiza la entidad y se refleja en los rendimientos obtenidos en la cuenta de la demandante.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto no se dan las condiciones definidas en la jurisprudencia para declarar la ineficacia del traslado solicitada.

El apoderado de PORVENIR presentó alegaciones y solicita que se revoque la decisión de primera instancia, al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que

fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 21 de noviembre de 1965 (fl. 16); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 9 de agosto de 1985 y el 31 de enero de 1992, por un total de 23.86 semanas (Cd. 2, pdf 2); **iii)** que el 1° de abril de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fls. 92 y 141); **iv)** que el 16 de febrero de 2018, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 17).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes

coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de

diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta

por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARTHA ISABEL DOZA BOLÍVAR se trasladó a la AFP PORVENIR el 1° de abril de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la demandante en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 3, min. 07:29), pues al efecto solo manifestó que un asesor de POIRVENIR se hizo presente en las instalaciones del lugar donde trabajaba, que paso puesto por puesto y les decía que el ISS se iba acabar y que las condiciones pensionales en los fondos privados eran más favorables, que él mismo diligenció el formulario y no le dijo nada más sobre el particular.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos

del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el

nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso la sentencia de primera instancia se confirmará en lo pertinente.

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(Ausente por incapacidad médica)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA ISABEL DOZA BOLIVAR

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

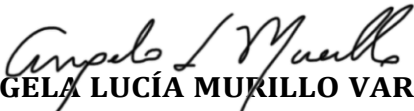
RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2019 00613 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 26 2020 00039 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

BLANCA JANETH GUZMAN GARZON, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 1° de mayo de 1963, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de septiembre de 1986 y el 16 de septiembre de 1986, y cotizó a dicha entidad 1.00 semana; que prestó servicios a la Cámara de Representantes entre el 18 de agosto de 1994 y el 30 de junio de 1996, tiempo durante el cual realizó aportes a FONPRECON; que el 7 de marzo de 2000, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar a dicho régimen; que el 12 de septiembre de 2019 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad de la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (Pdf. 6).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (Pdf. 10).

Mediante auto del 22 de abril de 2021, el Juzgado dispuso vincular al proceso al FONDO DE PREVISION DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA en calidad de litisconsorcio necesario (Pdf. 14).

El **FONDO DE PREVISION DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. No presentó excepciones (Pdf. 16).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 24 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el traslado efectuado por la señora BLANCA JANETH GUZMÁN GARZÓN identificada con cédula de ciudadanía número 51.855.973, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de conformidad con la parte motiva de la sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **CUARTO:**

DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. **QUINTO: ABSOLVER** A FONPRECON de todas y cada una de las pretensiones en su contra de conformidad con lo antes proveído. **SEXTO: CONDENAR** en costas a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, a favor de la demandante. Tásense, incluyendo la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000) como agencias en derecho. **SÉPTIMO: CONDENAR** en costas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a favor de FONPRECON. Tásense, incluyendo la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000) como agencias en derecho.”

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la entidad cumplió con la obligación de información que se exigía para ese momento en que la actora decidió trasladarse, que no puede imponerse a la entidad una carga desproporcionada sobre este punto, frente a aspectos imposibles de predecir en esa época. Señala, que la juez no realizó una valoración adecuada del formulario de afiliación, el cual cumple con los parámetros que definía la Superintendencia Financiera ese momento y contiene la manifestación de voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS. Sobre los gastos de administración, señaló

que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, que además debe tenerse en cuenta operó la excepción de prescripción frente a la devolución de los gastos de administración.

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar su recurso aduce que la actora solo cotizó a dicha entidad por una semana, y antes del traslado de régimen pensional había realizado la mayoría de sus cotizaciones al Fondo de Previsión del Congreso, caja a la que además realizó las últimas cotizaciones antes de efectuar dicho traslado, que en este orden de ideas si la consecuencia de la ineficacia es regresar las cosas al estado en que se encontraban, lo procedente sería disponer el regreso de la actora a FONPRECON y no imponerle a COLPENSIONES una carga respecto de una persona que no tenía la condición de afiliada al momento de trasladarse al RAIS. Finalmente, solicita que en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condene a la AFP PORVENIR a devolver los gastos de administración debidamente indexados a su representada.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado del FONDO DE PREVISION DEL CONGRESO solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto absolvió dicha entidad de la totalidad de las pretensiones.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos, así como la procedencia de ordenar la devolución de los gastos de administración al RPM.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 1° de mayo de 1963 (Pdf. 1, fl. 16); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 10 de septiembre de 1986 y el 16 de septiembre de 1986, por 1.00

semana (Pdf. 1, fl. 30); **iii)** que prestó servicios a la Cámara de Representantes entre 18 de agosto de 1994 y el 30 de junio de 1996, lapso durante el cual efectuó aportes al FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA – FONPRECON (Pdf. 1, fl. 34); **iv)** que el 7 de marzo de 2000, se trasladó a la AFP PORVENIR (Pdf. 1, fl. 28); **v)** que el 12 de septiembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (Pdf. 1, fl. 50).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y

transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los</i>

		<i>regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en

todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora BLANCA JANETH GUZMAN GARZON se trasladó a la AFP PORVENIR el 7 de marzo de 2000, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES y a FONPRECON.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal

afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 2, min. 9:34), pues al efecto solo manifestó que a su lugar de trabajo acudió un asesor de PORVENIR, quien le hizo unas preguntas para diligenciar el formulario, que la diligencia fue breve y rápida, y solo le informaron que el ISS se iba acabar y que los fondos privados ofrecían mayores beneficios.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha

dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Sobre este último aspecto es pertinente precisar que si bien la demandante con anterioridad al traslado realizó aportes a FONPRECON, como administradora del Régimen de Prima Media, en aplicación del artículo 3° del Decreto 2837 de 1986, no es posible definir el regreso de la actora a dicha entidad, como lo solicita el apoderado de COLPENSIONES en el recurso, pues BLANCA JANETH GUZMAN GARZON, en la actualidad no se encuentra dentro del grupo de personas que define la citada norma como afiliados a FONPRECON, y por ello resulta procedente disponer que su regreso al RPM, como consecuencia de la ineficacia declarada, se haga efectivo mediante su vinculación a COLPENSIONES.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL 4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora BLANCA

JANETH GUZMAN GARZON, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(Ausente por incapacidad médica)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JANETH GUZMAN GARZÓN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

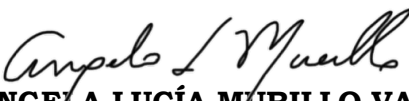
RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2020 00039 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 28 2019 00382 02

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuesto por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 25 de octubre de 2021, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ANA CECILIA PARRA MARTINEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 2 de julio de 1961; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 16 de julio de 1983 y el 31 de marzo de 1996, y cotizó a dicha entidad un total de 514.71 semanas; que el 30 de marzo de 1996, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS; que el 18 de julio de 2002, se trasladó al RAIS administrado por la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN; que el 27 de febrero de 2004, se trasladó a la AFP SKANDIA, y finalmente el 6 de noviembre de 2007, se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen las AFP demandadas no le brindaron asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicaron la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 30 de enero de 2019 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público (Fls. 118 a 128).

La **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos (Fls. 143 a 161).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación. (Fls. 183 a 197)

Mediante auto del 15 de septiembre de 2020, el juzgado dispuso la vinculación de PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A. (Fl. 202).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESNATIAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad de la demandante y frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del sistema general de pensiones, inexistencia de obligación de devolver comisión de administración y de devolver el seguro previsional (Cd. 3)

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y pago (Cd. 2).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 25 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora ANA CECILIA PARRA MARTÍNEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 30 de marzo de 1996, por intermedio de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora ANA CECILIA PARRA MARTINEZ identificada con C.C.: 51.600.950 a COLPENSIONES. **TERCERO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. **CUARTO: DECLARAR** no

*probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA** a cargo de las administradoras demandadas y vinculadas. Se señalan como agendas en derecho la suma de \$700,000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora. **SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adverso a los intereses de COLPENSIONES.”*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que la entidad cumplió con la obligación de brindar la información requerida a la demandante y que ésta aceptó conocer las condiciones y características del RAIS. Señaló que la demandante manifestó su voluntad de permanecer en el RAIS con la suscripción del formulario de afiliación y lo ratificó con los diferentes traslados de AFP que realizó. Sobre la devolución de los gastos de administración, aduce que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, que la correcta administración de dichos dineros se refleja en los rendimientos obtenidos durante el tiempo de afiliación y que no es posible

disponer su devolución, pues no existe un fundamento jurídico para el efecto.

El apoderado de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la demandante nunca manifestó inconformidad alguna con su permanencia en el RAIS, y por el contrario ratificó su voluntad de permanecer en dicho régimen con el paso del tiempo y los diversos traslados entre AFP que realizó.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante presentó alegaciones y solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto se dan las condiciones previstas en la jurisprudencia para declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional.

El apoderado de la AFP PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 2 de julio de 1961 (fl. 20); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 16 de julio de 1983 y el 31 de marzo de 1996, por un total de 574.71 semanas (fl. 23); **iii)** que el 30 de marzo de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS (Cd. 3, Pdf. Fl. 19); **iv)** que el 18 de julio de 2002, se trasladó a la AFP ING hoy PROTECCIÓN (Cd. 3, Pdf. Fl. 19); **v)** que el 27 de febrero de 2004, se trasladó a la AFP SKANDIA (imagen 1, Cd. 2); **vi)** que el 6 de noviembre de 2007, se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 198); **vii)** que el 30 de enero de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 67).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*,

dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información

calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(…)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con

radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esta Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una

ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora ANA CECILIA PARRA MARTÍNEZ se trasladó a la AFP COLFONDOS el 30 de marzo de 1996, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 4, min. 15:47), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado, asesores de COLFONDOS fueron a su lugar de trabajo y realizaron una reunión de aproximadamente 5 minutos en la cafetería, que los asesores ya llevaban los formularios diligenciados por el área de nómina y solo les dijeron que el ISS se iba acabar y lo mejor era que se afiliaran a un fondo privados donde tendrían mayores garantías.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante

sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP COLFONDOS S.A., PROTECCION S.A. y SKANDIA S.A. deberán asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia que omitió pronunciarse al respecto.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia para disponer que las AFP COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A., deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de

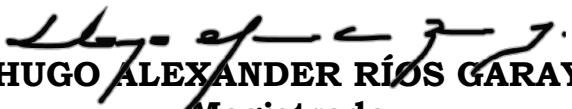
administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

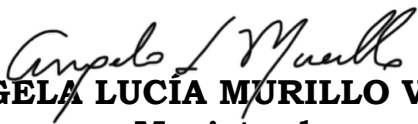
TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(Ausente por incapacidad médica)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA CECILIA PARRA MARTINEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

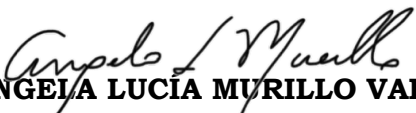
RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2019 00382 02

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 28 2020 00012 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARCO AURELIO DÍAZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de

Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 30 de octubre de 1959; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 28 de febrero de 1985 y el 1° de julio de 1994, y cotizó a dicha entidad un total de 477.14 semanas; que el 16 de junio de 1994, se trasladó al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 7 de noviembre de 2019 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de hecho de la víctima o afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de la nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y buena fe (Cd. 2, Pdf. 1).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (Cd. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 30 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor MARCO AURELIO DÍAZ, al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 16 de junio de 1994, por intermedio de la entonces SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor MARCO AURELIO DIAZ identificado con C.C. 79.148.238 a COLPENSIONES. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA** a cargo de las demandadas, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor del demandante. **SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE con el superior, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado del actor es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que la entidad cumplió con la obligación de información que se exigía para ese momento en que el actor decidió trasladarse, que no puede imponerse a la entidad una carga desproporcionada sobre este punto, frente a aspectos imposibles de predecir en esa época. Señala, que la juez no realizó una valoración adecuada del formulario de afiliación, el cual cumple con los parámetros que definía la Superintendencia Financiera ese momento. Agregó, que de todas formas, el demandante no cumplió con sus obligaciones en cuanto no buscó información adicional, ni consultó a la entidad las condiciones de su situación pensional. Sobre los gastos de administración, señaló que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, que además debe tenerse en cuenta operó la excepción de prescripción frente a la devolución de los gastos de administración.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que

no es procedente ordenar el regreso del demandante al RPM porque quedó demostrado que el acto del traslado de régimen pensional es completamente válido, señaló que el actor nunca manifestó oposición a su permanencia en el RAIS y por el contrario ratificó su deseo de permanecer en dicho régimen con el paso del tiempo.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. El apoderado de la demandada PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos, así como la

procedencia de ordenar la devolución de los gastos de administración al RPM.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 30 de octubre de 1959 (fl. 15); **ii)** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 28 de febrero de 1985 y el 1° de julio de 1994, por un total de 477.14 semanas (fl. 16); **iii)** que el 16 de junio de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (Cd. 1, fl. 1, Pdf.); **iv)** que el 7 de noviembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 18).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria

con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida</i>

	<i>menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información. En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor MARCO AURELIO DÍAZ se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy

PORVENIR el 16 de junio de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 4, audio 2, min. 16:58), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en la organización Ardila Lülle, que un día al llegar al trabajo le dijeron que por directriz de la compañía debía pasar a recursos humanos firmar unos documentos, que fue a la oficina correspondiente y suscribió unos documentos, que eso fue en cuestión de 5 minutos y lo púnico que les dijeron es que al suscribir esos formularios obtendrían beneficios pensionales y que les convenía porque el ISS se iba acabar, pero no les dieron información adicional sobre el particular.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por la representante legal de PORVENIR en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 4, audio 2, min. 00:30), pues al efecto solo manifestó que la información suministrada al demandante al momento del traslado no se encuentra documentada, en cuanto para esa fecha lo único que se exigía era el formulario de afiliación. Señaló no haber estado presente en el momento de la suscripción del formulario pero constarle que los asesores de la entidad están debidamente capacitados para brindar la información necesaria a los afiliados.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal

como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas

deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde. De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

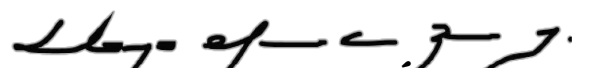
PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(Ausente por incapacidad médica)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARCO AURELIO DIAZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2020 00012 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 29 2018 00481 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante y la demandada AFP PORVENIR contra la sentencia proferida el 10 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró que la AFP PORVENIR es responsable de los perjuicios materiales ocasionados al actor por la indebida asesoría en el traslado de régimen pensional y condenó a dicha entidad a pagar las diferencias existentes entre la pensión reconocida en el RAIS y la que le hubiere correspondido al demandante en el RPM.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JOSE JOAQUIN ROLDAN BOHORQUEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia

del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Subsidiariamente solicita que se condene a la AFP PORVENIR a pagar las diferencias entre la mesada pensional que hubiere recibido en el RPM y la que recibe por parte de dicha entidad, teniendo en cuenta la falta de cumplimiento del deber de información.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 4 de julio de 1951; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 21 de julio de 1981 y noviembre de 1995, y cotizó a dicha entidad un total de 643 semanas; que el 20 de octubre de 1995, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que tampoco fue informado que podía regresar al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que mediante comunicación del 5 de septiembre de 2013, la AFP PORVENIR le informó sobre la aprobación de la solicitud pensional, correspondiendo para el año 2013 una mesada de \$980.490; que mediante comunicación del 8 de septiembre de 2016 PORVENIR le informó que la pensión reconocida bajo la modalidad de retiro programado se pagaría en la modalidad de renta vitalicia a partir de septiembre de 2016; que al buscar asesoría para establecer si era correcto el valor de la mesada pensional, se enteró de que su mesada pensional en RPM habría sido superior; que el 24 de abril de 2018 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del actor y su afiliación inicial a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y compensación (Fls. 67 a 79).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación del actor a dicha entidad y su condición de pensionado, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad, inexistencia del perjuicio alegado, saneamiento por ratificación, prescripción, buena fe y compensación (Fls. 95 a 116).

Mediante auto del 9 de abril de 2019, el Juzgado dispuso la vinculación al proceso de la Nación Ministerio de Hacienda – Oficina de Bonos Pensionales y Seguros de Vida Alfa S.A. (fl. 150).

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan en su totalidad. Como excepciones propuso las de falta de causa para pedir e inexistencia de la nulidad, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, ausencia de responsabilidad atribuible a Seguros de Vida Alfa y compensación (Fls. 180 a 190).

LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto

a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación inicial del actor al ISS hoy COLPENSIONES y el posterior traslado al RAIS, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de los vicios del consentimiento, anulación y buena fe (Fls. 207 a 219).

Mediante escrito que obra de folios 147 a 149 del expediente, la demandada AFP PORVENIR presentó demanda de reconvención en la que solicita que en caso de operar la ineficacia del traslado se condene al demandante a devolver la totalidad de los valores recibidos por concepto de mesadas pensionales.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 10 de febrero de 2021, declaró que la AFP PORVENIR es responsable de los perjuicios materiales ocasionados al actor por la indebida asesoría en el traslado de régimen pensional y condenó a dicha entidad a pagar las diferencias existentes entre la pensión reconocida y la que le hubiere correspondido al demandante en el RPM. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. es responsable de los perjuicios materiales ocasionados por la indebida asesoría del demandante JOSE JOAQUIN ROLDAN BOHORQUEZ en el traslado del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad realizado el día 20 de octubre de 1995. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a favor de JOSE JOAQUIN ROLDAN BOHORQUEZ de su propio peculio la diferencia pensional existente entre el valor de la pensión que le viene reconociendo y el valor que le hubiere correspondido si hubiere

permanecido en el ISS hoy COLPENSIONES, teniendo en cuenta los siguientes valores:

AÑO	NUMERO DE MESADAS	DIFERENCIA DE MESADA	TOTAL DIFERENCIA
2015	9	\$1.426.046	\$12.834.414
2016	13	\$1.522.589	\$19.793.662
2017	13	\$1.610.138	\$20.931.797
2018	13	\$1.675.993	\$21.787.908
2019	13	\$1.729.289	\$22.480.763
2020	13	\$1.795.002	\$23.335.032
2021	1	\$1.823.902	\$1.823.902

*Así mismo los incrementos que se causen en los años adelante, teniendo en cuenta el incremento pensional anual. **TERCERO: DECLARAR** prescritas las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 28 de mayo de 2018. **CUARTO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a cancelar el retroactivo adeudado a la fecha, por las diferencias pensionales indexado al momento del pago. **QUINTO: ABSOLVER** a COLPENSIONES, SEGUROS ALFA y al MINISTERIO DE HACIENDA de todas las pretensiones incoadas en su contra. **SEXTO: ABSOLVER** al demandante JOSE JOAQUIN ROLDAN BOHORQUEZ de la demanda de reconvención. **SÉPTIMO: Sin costas**".*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información. Señaló que dada la condición de pensionado que ostenta el actor no es posible declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, pero concluyó que de todas formas, la falta a

dicho deber trajo unas consecuencias al actor que se vieron reflejadas en el valor de la mesada pensional, pues la pensión del RAIS es ostensiblemente inferior a la que le hubiere correspondido en el RPM, por ello definió que la AFP demandada debía realizar el pago de los perjuicios que se ocasionaron al actor con su omisión y por ello ordenó pagar el valor de las diferencias causadas entre la pensión reconocida en el RAIS y la que le hubiera correspondido en el RPM.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la decisión únicamente en cuanto se declara probada de manera parcial la excepción de prescripción. Para sustentar el recurso aduce que no procede declarar probada esta excepción porque la demandada PORVENIR no propuso esta excepción dentro de la contestación de la demanda¹.

La apoderada de **PORVENIR** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no existió omisión de cumplimiento al deber de información, pues el formulario suscrito por el actor acredita que al momento del traslado se le brindó la asesoría en los términos que exigía la norma en esa época. Señala que la ley no exigía realizar proyecciones

¹ *Me permito presentar recurso de apelación, respecto a que, si bien es cierto que se buscaba es que se le pagara la pensión en los términos del régimen de transición, pues la señora juez condenó a que fuera efectivamente PORVENIR, a mi como apoderado, mirando que se accedieron a las pretensiones de la demanda relacionadas con el perjuicio económico que se le causó a mi representado, pues no tiene ninguna, está de acuerdo con la decisión, independientemente que sea COLPENSIONES o que sea PORVENIR, pues quien le causó el perjuicio pues fue PORVENIR, pero si en cuento a la prescripción, porque, porque ni siquiera en la demanda de reconvención, ni en la contestación de la demanda, PORVENIR presentó la excepción de prescripción, entonces en ese sentido solicito que se reconozcan esas mesadas es a partir, a pelo pues, para que se le reconozcan las mesadas es a partir del momento en que PORVENIR lo pensionó que fue en el 2013, en lo demás estoy conforme con la decisión, porque pues lo que se buscó con la demanda, es que se declarara pues nulo y si bien es cierto se dieron todas condiciones con la omisión de la información que no logró probar PORVENIR, de que si había dado esa información como lo exige la jurisprudencia de la Corte y pues de acuerdo al planteamiento de la señora juez, pues debe ser PORVENIR quien debe reconocer esta prestación, pues yo estoy de acuerdo con esto, pero en cuanto al tema de la prescripción, la mesada pensional yo ya había hecho la liquidación y arroja esas diferencias y ese valor de la mesada, en lo demás estoy de acuerdo, con lo que se falló en esta sentencia. Gracias"*

pensionales o brindar otro tipo de información detallada a los afiliados, que de todas formas, las consecuencias del traslado están claramente definidas en la norma y el actor aceptó en el interrogatorio de parte que conocía las características del RAIS y del régimen de transición. Agrega, que el demandante saneó cualquier consecuencia que se hubiere podido derivar de una indebida asesoría, pues aceptó la conformación de la historia laboral de su cuenta de ahorro, solicitó y aceptó la liquidación de su bono pensional, con lo que ratificó su intención de permanecer en el RAIS y someterse a las reglas de este régimen pensional. Finalmente, señala que no es procedente ordenar a una administradora del RAIS el reconocimiento de una pensión bajo los parámetros definidos para el RPM y que en caso de concluirse que existió una indebida asesoría debe acogerse el criterio definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y disponer el regreso del demandante al RPM, para que sea COLPENSIONES quien reconozca y pague la prestación en los términos que regulan las normas que rigen el régimen que administra².

² *“En mi calidad de apoderada judicial de PORVENIR procedo a interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir el despacho, a fin de que los honorable magistrados del TSB la revoquen en su integridad y en su lugar absuelvan a mi representada PORVENIR con base en los argumentos que paso a exponer a continuación. En primer término y tal como se ha manifestado a lo largo del proceso y en la misma contestación de la demanda, considera esta apoderada que no existió omisión en el deber de información al demandante y ello se evidencia en que primero, existe un formulario de vinculación suscrito en el que deja expresa constancia de que su decisión fue libre, con lo que acepta que recibió asesoría y adicionalmente deja constancia puntual en torno a que conocía las características del régimen de transición, luego no es válido afincar el fallo en que no conocía el régimen de transición porque el mismo lo aceptó, luego no es válido afincar el fallo en que no conocía el régimen de transición porque el mismo lo aceptó, considero que a ese mismo formulario de afiliación debe darse pleno valor probatorio, en la medida en que fue suscrito por una persona capaz, que debe responder por las consecuencias jurídicas de sus actos y que no fue tachado de falso, así mismo, ese formulario de afiliación cumplió con los requisitos legales exigidos para dicha época, para el año 95 la ley autorizaba que la constancia de la asesoría se dejara en una leyenda plasmada dentro del formulario de afiliación como en efecto ocurrió, no existía para dicha fecha obligación para elaborar proyecciones pensionales, luego no se puede exigir un requisito que para ese momento no era viable, eso solo lo fue con la ley 1748 de 2014, adicionalmente insisto en que las consecuencias del traslado de régimen se encuentran consagradas en la Ley 100 de 1993 y que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, ahora bien, una vez aclarado lo anterior e insisto en que considero que existió debida asesoría por parte de mi representada y que se encuentra debidamente demostrada, tenemos que, si como lo afirmó la juez en su providencia, considera que fue saneada por ratificación, dice que si existió una nulidad y que la misma fue saneada por ratificación en aplicación de los artículos 1743, 1752 y 1754 del CC, luego a juicio de esta apoderada, si se considera que el demandante saneó por ratificación, cualquier indebida asesoría que haya podido existir y la saneó con los actos de ratificación posteriores, como bien lo dijo la señora juez fue la aceptación de su historia laboral, la autorización de la emisión de su*

bono pensional, la reclamación de pensión, la aceptación de la pensión de vejez desde el año 2013, con todos esos actos lo que hizo fue sanear la nulidad que hubiese existido, luego quedó saneada cualquier irregularidad que hubiera existido con anterioridad al traslado, incluyendo la de la debida asesoría, de esta manera lo dijo el magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán en su aclaración de voto de la sentencia 6852 así “frente a la decisión de la acción de nulidad de traslado de régimen pensional, debe diferenciarse cuando está en cabeza del afiliado, pues quien haya alcanzado el derecho pensional solo habrá saneado con la ratificación de obtener la pensión, cualquier deficiencia de los actos jurídicos anteriores sino que ya tiene un estatus de derecho consolidado que le habilita acciones diferentes, en consecuencia su señoría a juicio de esta apoderada al entenderse saneada la indebida asesoría que haya podido existir desapareció uno de los elementos indispensables para que pueda existir una indemnización de perjuicios, cual es la conducta culposa y por ende al romperse el nexo de causalidad con el presunto daño no era posible impartir condena en tal sentido como equivocadamente, a juicio de esta apoderada, lo hizo la juzgadora de primera instancia, reitero desaparece la conducta culposa, luego desaparece uno de los elementos fundamentales para que pueda existir indemnización de perjuicios por no haber conducta imputable, ahora bien, una vez aclarado lo anterior y siendo enfática en que no se acepta que haya indebida asesoría y por ende tampoco era viable condenar en perjuicios a mi representada, debo manifestar que tampoco era viable jurídicamente, a juicio de esta apoderada, bajo ningún concepto, condenar a PORVENIR como administradora del RAIS a reconocer una pensión de vejez liquidada bajo los parámetros aplicables al RPM y porque es que honorable magistrados, si analizamos el fallo que nos ocupa y el fallo que está siendo apelado, eso fue lo que sucedió y en eso precisamente consistió la condena, porque su señoría dice que mi representada debía asumir las diferencias y pagar la mesada que le hubiere correspondido en el RPM, luego se está condenando a una administradora del RAIS a asumir una pensión bajo parámetros del RPM y a juicio de esta apoderada esto no es posible ni es legal, cuando se trata de dos regímenes pensionales completamente independientes y excluyentes a voces del artículo 12 de la ley 100 de 1993, que cuenta con un funcionamiento y características diferentes creados por el legislador, atendiendo la naturaleza propia de cada uno, a fin de garantizar su sostenibilidad financiera, es pertinente recordar que de conformidad con lo expuesto en el artículo 64 de la ley 100 de 1993, la única variable que determina la causación del derecho a acceder a una pensión de vejez en el RAIS es el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual y en consecuencia factores como la edad y el número de semanas cotizadas no tienen incidencia, en el mismo sentido el artículo 60 de la ley 100 establece que la cuantía de las pensiones de vejez en el RAIS dependerán de los aportes de los afiliados y los empleadores, sus rendimientos financieros y los subsidios del estado, cuando hubiere lugar y el artículo 68 de la Ley 100 dispone que las pensiones se financiaran con los recursos de la cuenta de ahorro pensional, en consecuencia, reitero, no sería jurídicamente válido ordenar el reconocimiento de una mesada pensional sin el respaldo de los recursos requeridos en el RAIS, pues esto implicaría ir contravía de la ley 100 de 1993, de la Constitución Política, y de todas las normas que regulan el sistema general de pensiones en Colombia, atentando de manera dramática contra la sostenibilidad del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y es que a juicio de esta apoderada la única manera en que el demandante podría pensionarse bajo la normatividad del RPM, sería regresando a dicho régimen, pues si permanece en el RAIS debe acogerse a todas las condiciones que estableció el legislador para este régimen, una vez hechas las anteriores precisiones en el sentido de indicar que no se acepta que haya existido omisión en el deber de información por parte de PORVENIR, que en consecuencia no existió conducta culposa de la que pueda derivarse la condena de perjuicios fulminada y que en todo caso, tampoco era viable a título de perjuicios a condenar a una administradora del RAIS a pagar una pensión de vejez liquidada bajo la normatividad del RPM, debo manifestar que, aun en el hipotético evento de considerarse que efectivamente existió omisión en el deber de información y que en consecuencia la decisión del traslado de régimen del demandante no puede considerarse libre, la solución no debería ser otra que la aplicación de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, según la cual debió ordenarse el regreso al RPM, con el consecuente giro de los valores que hayan recibido las AFP con motivo de la afiliación sin lugar a descuento alguno por concepto de mesadas pensionales o gastos de administración, ordenando en este caso a Seguros de Vida Alfa S.A. y reintegrar a Porvenir los valores que aun tuviese en su poder para financiar la pensión del demandante, a fin de que COLPENSIONES, contando con el capital completo, proceda con el reconocimiento de la prestación a partir de la fecha de disfrute, pagando las diferencias existentes entre el valor reconocido por el RAIS y el que hubiere correspondido en prima media hasta el momento en que reciba los recursos y a partir de ahí asumiendo el 100%

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto no impuso condena alguna a la entidad.

El apoderado de PORVENIR presentó alegaciones y solicita que se revoque la decisión de primera instancia, al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de Seguros Alfa solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto no impuso condena alguna a la entidad.

El apoderado de la Nación – Ministerio de Hacienda solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto no impuso condena a dicha entidad.

La apoderada de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia únicamente en cuanto declara probada la excepción de prescripción

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación.

del pago de la prestación, solución con la cual las AFP asumen el perjuicio causado a través de la recomposición del capital con cargo a sus propios recursos y no se afecta la sostenibilidad del sistema, en la medida en que COLPENSIONES recibe el capital completo por concepto de cotizaciones y rendimientos financieros y sobre todo se garantiza el respeto de la Ley y la Constitución, en materia pensional, de esta manera señora juez y honorables magistrados dejo debidamente presentado y sustentado mi recurso de apelación, reiterando mi posición de revocatoria total de la decisión proferida”

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si la AFP PORVENIR acreditó el cumplimiento del deber de información en el momento en que el demandante se trasladó del RPM al RAIS; en dado caso definir si procede la condena a la indemnización de perjuicios en los términos que dispuso la juez de primera instancia; y finalmente establecer la procedencia de la excepción de prescripción.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 4 de julio de 1951 (fl. 9); **ii)** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 21 de julio de 1981 y el 31 de diciembre de 1995, por un total de 333.57 semanas (Cd. 2, Pdf. 7); **iii)** que el 20 de octubre de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 33); **iv)** que el 30 de agosto de 2013, solicitó a la AFP PORVENIR el reconocimiento de la pensión de vejez (fls. 132 a 135); **v)** que PORVENIR mediante comunicación del 5 de septiembre de 2013, comunicó al actor el reconocimiento de la pensión de vejez en cuantía inicial de \$980.490 (fl. 138); **vi)** que el 8 de septiembre de 2016, PORVENIR informó al actor que su mesada pensional venía siendo reconocida bajo la modalidad de retiro programado y a partir de septiembre de dicho año continuaría pagándose bajo la modalidad de renta vitalicia, a través de la Seguros de Vida Alfa S.A. (fl. 142); **vii)** que el 24 de abril de 2018, solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM (fl. 24).

- Fundamentos Normativos sobre el deber de información en el Traslado de Régimen Pensional

La controversia que plantea el caso bajo estudio en esta instancia, se centra en definir si es procedente la condena al pago

de perjuicios impuesta a la AFP PORVENIR, por incumplimiento al deber de información en el momento en que el actor se trasladó del RPM al RAIS. Para efectos de resolver dicha controversia, la Sala se referirá a las normas que regulan la materia y al criterio jurisprudencial definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, que contiene de manera clara y detallada los términos en que se entiende que las AFP han dado cumplimiento al deber de información.

Al efecto, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos

regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales,</i>

		<i>a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en

todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor CARLOS ENRIQUE POSADA RAMOS se trasladó a la AFP PORVENIR el 20 de octubre de 1995, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES. Tampoco se discute en esta instancia que el demandante tiene la condición de pensionado en el RAIS.

Sobre el punto que plantea la AFP PORVENIR, relacionado con la improcedencia de la condena al pago de perjuicios por haber dado cumplimiento al deber de información en el momento en que el actor se trasladó del RPM al RAIS, es pertinente señalar que, en el formulario de afiliación aportado al expediente (fl. 33), se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto, no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado

que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del mismo, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incidía en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que definió el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR, pues al margen de las razones que expone en el recurso dicha entidad, relacionadas con la falta de obligación de realizar proyecciones pensionales al momento del traslado del actor y la suficiencia del formulario de afiliación como prueba de que la información se recibió a satisfacción por parte del afiliado, no acreditó haber cumplido con tal deber en los términos que define la jurisprudencia referida.

Ahora bien, sobre la condena al pago de perjuicios impuesta en primera instancia a la AFP PORVENIR, resulta pertinente señalar que el argumento de la juez de primera instancia, para concluir en la existencia de un perjuicio, se definió teniendo en cuenta la diferencia entre la mesada pensional que el actor recibe en el RAIS y la que le hubiere correspondido en el RPM. Al efecto, la Sala no se pronunciará sobre la existencia del perjuicio, ni sobre la procedencia de la indemnización que tasó la juez, pues la AFP demandada no controvertió en el recurso, si el demandante probó o no en el expediente la existencia del perjuicio, ni la forma en la que se tasó el monto de la indemnización.

Si bien la AFP PORVENIR, aduce en el recurso que no resulta procedente condenar a una entidad del RAIS a pagar una pensión del RPM, lo cierto es que la condena se impuso a título de resarcimiento del perjuicio que se le causó al actor por falta de cumplimiento al deber de información en el momento del traslado de régimen de pensional, luego, los pagos que debe realizar PORVENIR al actor, no implican la modificación de las condiciones de la pensión que recibe actualmente el demandante por parte de esta entidad y que se definió teniendo en cuenta las reglas que rigen el RAIS, sino que corresponden a la estimación de los perjuicios causados.

Tampoco resulta procedente declarar la ineficacia del traslado que realizó el actor del RPM al RAIS, pues no puede desconocerse que en la actualidad el demandante tiene la condición de pensionado y no de afiliado. Sobre el particular, considera la Sala pertinente señalar, que en los procesos donde se debate la ineficacia del traslado de régimen, resulta trascendental determinar la calidad del demandante, por cuanto su situación jurídica varía dependiendo de si se trata de un afiliado o un pensionado. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL373-2021, SL3707-2021 y SL3611-2021, definió que cuando se habla de un pensionado, no se trata solamente de reversar el acto del traslado y el reconocimiento de la pensión sino todas las operaciones, actos, contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad de pensión elegida, que además de ello el capital desfinanciado generaría un déficit en el RPM que iría en detrimento del interés general de los ciudadanos. Concluye la Corte diciendo que la calidad de pensionado representa una situación jurídica consolidada y un hecho consumado, y que intentar revertir tal condición implicaría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, podría tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

En los anteriores términos, definió la Corte la improcedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional de un pensionado, pero estimó que para estas personas subsiste la acción pertinente para solicitar la indemnización plena de perjuicios, los que en el caso bajo estudio, fueron definidos por la juez de primera instancia con base en la falta de cumplimiento del deber de información al momento del traslado y se cuantificaron en la diferencia de la mesada pensional que recibe el actor en el RAIS y la que le hubiere correspondido en el RPM, aspectos, que como se indicó en precedencia, no fueron objeto de debate por la AFP demandada, pues al efecto solo manifestó oposición al punto del cumplimiento del deber de información.

Finalmente, para responder el argumento de apelación que plantea la parte demandante, relacionado con la improcedencia de la declaratoria de la excepción de prescripción, por no haber sido propuesta por la AFP demandada, basta con remitirse a la contestación de la demanda que obra de folios 95 a 116, para establecer que este medio exceptivo fue debidamente propuesto por la AFP PORVENIR y que además la demandada se tuvo por contestada por parte de dicha entidad, mediante auto de fecha 9 de abril de 2019 (fl. 150).

Por las razones anteriormente expuestas se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia,
por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(Ausente por incapacidad médica)



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 29 2019 00370 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la parte demandante y demandada, contra de la sentencia proferida el 22 de febrero de 2021 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo y se condenó al pago de las diferencias de las prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

OSCAR ANDRES ORDOÑEZ LEDESMA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de PCC PROCESADORA COLOMBIANA DE CARNES LTDA. y solidariamente contra ESPERANZA HURTADO VALENZUELA, MYRIAM HURTADO VALENZUELA y VICENTE HURTADO VALENZUELA, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad demandada, vigente entre el

17 de abril de 2014 y el 29 de mayo de 2017; que se declare que el salario realmente devengado corresponde a la suma de \$1.350.000. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene al pago de la diferencia generada en el valor de las prestaciones sociales y vacaciones teniendo en cuenta el salario realmente devengado y se realice el ajuste correspondiente de los aportes al sistema de seguridad social, indemnización por despido sin justa causa, horas extras, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indemnización moratoria, indemnización de perjuicios morales ocasionados por el actuar de la demandada, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que se vinculó al servicio de la sociedad demandada el día 17 de abril de 2014, mediante contrato de trabajo a término indefinido, a través de las Cooperativas ASOCIACION DE BIENESTAR SOCIAL EN LIQUIDACION, CORNABIS T.I.A. CORPORACION DE BIENESTAR SOCIAL PARA TRABAJADORES INDEPENDIENTES ASOCIADOS; que la sociedad demandada solo lo vinculó directamente mediante contrato a término indefinido a partir del 1° de diciembre de 2016; que desde el 17 de abril de 2014 hasta el 29 de mayo de 2017, estuvo vinculado con la demandada como conductor; que el servicio fue prestado de manera personal y bajo continuada subordinación de la sociedad demandada en las rutas viajeras, Huila, Tolima y Meta; que el salario pactado correspondía al salario mínimo más el subsidio de transporte; que como retribución directa del servicio le pagaban comisiones sobre ventas realizadas y recibía un salario total de \$1.350.000. Señaló que los días lunes trabajaba de siete de la mañana a cinco de la tarde; los martes debía llegar a las instalaciones de la compañía a las cuatro de la mañana para cargar el vehículo, salía a las ocho de la mañana con su ruta viajera y a las once de la noche terminaba de entregar el producto, de miércoles a sábado trabajaba de ocho de la mañana a cinco de la tarde; que el último lugar donde prestó servicios a la demandada fue en la ciudad de Neiva; que el 29 de mayo de 2017

presentó renuncia al cargo que desempeñaba, motivada en el no pago de las prestaciones y cotizaciones al sistema de seguridad social con el salario realmente devengado y el no pago de horas extras; que el 30 de mayo de 2017 la empresa realizó el pago de las prestaciones liquidadas sobre la base de un salario mínimo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PCC PROCESADORA COLOMBIANA DE CARNES LTDA. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral desde el 1° de diciembre de 2016, señaló que el vínculo existente con anterioridad se dio mediante un contrato de prestación de servicios y que el salario pactado fue el mínimo legal mensual vigente, frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos. Propuso como excepción previa la de falta de competencia por factor territorial y como excepciones de fondo propuso las de transacción, cobro de lo no debido, prescripción, ausencia de causalidad y buena fe (fls. 324 a 342).

A las personas naturales demandadas se les tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 13 de febrero de 2019 (fl. 376).

Durante el trámite de la audiencia celebrada el día 27 de mayo de 2019, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, a quien le había correspondido por reparto la actuación, declaró probada la excepción previa de falta de competencia y ordenó la remisión del expediente a los juzgados laborales de esta ciudad (fl. 379).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del

22 de febrero de 2022, declaró la existencia de un contrato de trabajo y condenó al pago de las diferencias de las prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante Óscar Andrés Ordóñez Ledesma y la demanda PSC Procesadora Colombiana de Carnes S.A.S., existió una relación laboral entre el 8 de abril de 2014 y el 29 de mayo de 2017. **SEGUNDO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción prescripción propuesta por la demandada Procesadora Colombiana de Carnes S.A.S. **TERCERO: CONDENAR** a Procesadora Colombiana de Carnes S.A.S. a cancelar al demandante Oscar Andrés Ordóñez Ledesma, la diferencia del valor de prestaciones sociales en las siguientes sumas: por primas \$514.316; por Cesantías \$616.704 e intereses a la cesantía \$230.025. **CUARTO: CONDENAR** a indexar las sumas objeto de condena, por concepto de prestaciones sociales al momento de su pago, de conformidad con el IPC certificado por el Dane. **QUINTO: CONDENAR** a la demandada procesadora de carnes a realizar los aportes a la Seguridad Social al trabajador Oscar Andrés Ordóñez Ledesma, de la siguiente manera: y aparece el cuadro que el despacho leyó pues no lo vuelvo a leer porque ya lo leímos en la parte considerativa, pero es el mismo, los valores que realmente devengaba en el mes sobre esos, como dijimos en la parte emotiva se realizarán los aportes a la Seguridad Social. **SEXTO: ABSOLVER** a Procesadora Colombiana de Carnes S.A.S de las demás pretensiones incoadas en su contra por el señor Óscar Andrés Ordóñez Ledesma. **SÉPTIMO: CONDENAR** en costas a Procesadora Colombiana de Carnes S.A.S incluyendo como agencias en derecho a la suma de \$500.000. **OCTAVO: ABSOLVER** a las personas naturales demandadas de las pretensiones incoadas en la demanda”.

La Juez definió el problema jurídico en determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes dentro de los extremos planteados en la demanda. Para resolverlo indicó que no existe controversia en que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente entre el 8 de abril de 2014 y el 29 de mayo de 2017,

en cuanto la demandada aceptó la vinculación inicial del actor mediante un contrato de prestación de servicios y posteriormente en aplicación del principio de la realidad sobre las formas estableció por mutuo acuerdo que la relación era laboral. Señaló que los valores adicionales que recibía el actor de manera habitual constituían salario y por ello debían tenerse en cuenta en la liquidación de prestaciones sociales y por esta razón condenó al pago de las diferencias causadas por este concepto y a la realización de las cotizaciones a pensión con base en los salarios de cotización que estableció.

Agregó, que no se probó dentro del proceso que el demandante hubiera laborado horas extras y tampoco que la renuncia presentada hubiere sido motivada en un incumplimiento de las obligaciones por parte del empleador y por ello no procede el pago de la indemnización por despido reclamada. Definió procedente declarar parcialmente probada la excepción de prescripción sin precisar las fechas y absolvió del pago de la indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías de cesantías por considerar que el actuar de la demandada no fue de mala fe.

III. RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandante pide que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que las pruebas allegadas al expediente demuestran de manera clara el horario en que el actor prestaba servicios y que evidencian el número de horas extras que laboraba, y que ese horario se extendió durante la vigencia de la relación laboral. Agrega que también se acreditó que en el caso bajo estudio la terminación del contrato obedeció a un despido indirecto, pues los testigos escuchados señalaron que existía un abuso del elemento subordinación por parte de la demandada y ello motivó al actor a presentar su carta de renuncia. Finalmente, refiere que es

procedente la condena al pago de la indemnización moratoria y de la sanción por no consignación de cesantías en cuanto no está acreditado que el actuar de la entidad fuera de buena fe y por el contrario, con sus omisiones en cancelar las prestaciones sobre el salario realmente devengado deja en evidencia su mala conducta frente a las obligaciones que tenía como empleador¹.

¹ “Con el debido rigor primero pues pero su despacho que no se había probado una acusación de horas extras y recargos dominicales y nocturnos, no obstante difiero totalmente de este razonamiento llegado por su despacho, teniendo en cuenta que no se tuvo en cuenta que con las pruebas documentales la declaración de los testigos y la declaración de parte, se demostró fehacientemente los horarios de trabajo, a los que fue obligado a realizar el demandante señor Óscar Andrés Ordóñez, los cuales fueron en estricto cumplimiento al horario de trabajo, que le inculcó su empleador a PCC Colombiana de Carnes, se demostró su señoría con los testigos con la declaración de parte, que el horario es que el horario que el señor Óscar Andrés Ordóñez realizaba iniciaba, el día lunes a las 7:00 am a 5 de la tarde cuadrando cuentas y realizando mantenimiento del vehículo, se probó igualmente que el día martes debía llegar a las instalaciones de la compañía de las 4:00 am, para cargar el vehículo con los productos que comercializaba la empresa, que a las 8:00 am salía a cumplir con su ruta viajera de Huila y Tolima, que a las 11 pm del día martes terminaba, de entregar el producto de miércoles a sábado entrega del producto de 8 de la mañana 6 de la tarde, en la ruta viajera establecida por PSC y así consecuentemente, durante todo el período elaborado del año 2014 el año 2017. En segundo lugar señoría también difiero de la consideración de su despacho respecto a no acceder a la indemnización por despido injusto, toda vez que con las pruebas sobrantes dentro del proceso si se probó, que acá es un despido indirecto por el abuso del elemento de subordinación, por parte de la empresa empleadora PSC procesadora colombiana de carnes, esto es su señoría que los mismos testigos en la misma declaración de partes, se mencionó que la renuncia acaeció por cuanto le iban a cargar más rutas viajeras, al señor Óscar Andrés Ordóñez y con la misma remuneración salarial, sin percibir un aumento en su remuneración situación que vio forzado el señor Ordóñez a presentar la carta de renuncia, finalmente su señoría también difiero del argumento de su despacho respecto a no conceder la indemnización, de los de los artículos 65 y 99 del código sustantivo del trabajo, teniendo en cuenta en su en su criterio que el empleador si actuó de buena fe, no obstante esta postura difiere categóricamente este razonamiento bajo la siguiente argumentación, el artículo 65 del código sustantivo del trabajo consagra que, la mala fe no se limita la presencia del dolo, en la omisión en el pago de los salarios y las prestaciones sociales, ni a las actitudes temerarias maliciosas engañosas de parte del empleador, sino que comprende también otros factores, tales como la indiferencia, por los derechos del trabajador, la apatía la dejadez, el desinterés y la negligencia que muestra el empleador frente al trabajador, al mantener al garante su derecho al pago de tales acreencias, al respecto su señoría téngase en cuenta las sentencias de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, número 41782 del 30 agosto del 2011, magistrado ponente Dr. Francisco José de Castro y es que su señoría, su despacho no tuvo en cuenta que la ley presume, que si el empleador no le pagaba el trabajador lo que le debe, en la fecha fijada por la ley lo hace de mala fe y no le corresponde al trabajador probar o demostrar la actuación del empleador, basta con que el empleador no pague su deuda, para que ocurra el presupuesto que da origen a la indemnización moratoria, luego el empleador era quien debía demostrar que la falta de pago oportuno, no sólo no se dio por mala fe sino porque estaba convencido, sino porque estaba convencido que nada debía al trabajador y es que en este caso es su señoría, la empresa PCC siempre fue conocedora de que el señor Óscar Andrés Ordóñez, devengaba más del salario pactado del salario mínimo, pues ella misma con las pruebas documentales al proceso allegó que le paga unos bonos, los cuales eran de manera habitual, consecutiva de manera quincenal el pago de estos bonos, por ende tenía pleno conocimiento de que lo que realmente devengaba el señor Óscar Andrés Ordóñez, no era salario mínimo por ende entonces sí concurrió aquí la mala fe, por parte de la empleadora, en esos términos su señoría respetuosamente dejo sustentado el recurso de apelación y le solicito comedidamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá, que revoque la sentencia en estos 3 puntos ya previamente indicados y se acceda a la totalidad de las pretensiones muchas gracias”.

Por su parte la sociedad demandada solicita en el recurso que se revoquen las condenas impuestas en primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la entidad solo aceptó la existencia de un contrato de trabajo desde diciembre de 2016 y no por todo el lapso señalado en la sentencia, pues se definió en la contestación de la demanda que el lapso anterior se rigió por un contrato de prestación de servicios, respecto del cual se pactó mediante acta de transacción que su terminación era por mutuo acuerdo, que como objeto de esta transacción el demandante recibió dos sumas de dinero, una que corresponde a la liquidación de prestaciones sociales y otro que era para precaver cualquier litigio eventual, y por ello el demandante declaró a la demandada a paz y salvo por cualquier concepto contractual, luego no puede hablarse de la existencia de un contrato de trabajo, pues las partes de común acuerdo le dieron una connotación diferente. Finalmente, aduce que los pagos realizados al actor por encima del salario mínimo, se hacían de manera esporádica y no habitual y estaban definidos como pagos extralegales dentro del contrato de trabajo, por lo que no cumplen con las condiciones definidas en el artículo 128 del CST para tenerlos como salario².

² “Gracias señorita me permito presentar recurso apelación, basándome puntualmente única y exclusivamente en 3 puntos, de acuerdo a la sentencia que usted acaba de emitir, primero teniendo presente que en efecto nosotros reconocimos un vínculo laboral de trabajo, desde el primero de diciembre del año 2016, en donde efectivamente a partir de dicha época que se empiezan a cancelar las obligaciones laborales y patronales, entonces desde dicha fecha es que en realidad se puede llegar a constituir hablar de un contrato de trabajo, en segundo término quiero hacer alusión al contrato de prestación de servicios que obra obviamente, como prueba dentro del expediente y dentro del cual en efecto pues primero la terminación del mismo fue de mutuo acuerdo entre las partes, pues también se encuentra así plasmado dentro de las documentales que obran, dentro del contrato de transacción se suscribieron o se entregaron, al trabajador 2 valores correspondientes, en primer lugar tenemos la reliquidación de prestaciones sociales por la suma de \$879.800 y en segundo lugar tenemos con la finalidad de precaver cualquier litigio eventual, que pudiera presentarse en razón del desarrollo y terminación del contrato de prestación de servicios, las partes han decidido trasladar las posibles diferencias en la suma de \$1.259.700 dinero que serán pagados en dinero en efectivo, a la firma de la transacción cuyo autorización ratifica en este acto y reciba a satisfacción, lo que acabo de mencionar se encuentra tal cual en el contrato de transacción del 17 de junio del año 2017 y de esta manera en el numeral quinto, se entiende que las partes o que el señor Óscar Andrés Ordóñez, declaraba a paz y salvo por todo concepto de orden contractual, que pudiese que pudiera desprenderse de la ejecución del presente contrato, entonces pues de acuerdo a ello se entiende en efecto que lo correspondiente con esta suscripción del contrato de prestación de servicios, quedó debidamente cancelado y existió un mutuo acuerdo, para suscribir este documento y en último lugar, quiero hacer alusión a los pagos no salariales en cuanto a que en efecto no se cancelaban, de manera habitual no se cancelaban

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la parte demandante presentó alegaciones y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso. Agregó que adicionalmente debe estudiarse la excepción de prescripción declarada en primera instancia, pues la juez no definió el lapso en que operaba dicha excepción y debe estudiarse y definirse la condena en contra de las personas naturales demandadas de manera solidaria.

La apoderada de la sociedad demandada solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si entre el demandante y la sociedad demandada existió un contrato de trabajo en los extremos definidos en la sentencia de primera instancia. También verificar si se probó que los pagos adicionales recibidos por

de manera continua, los pagos no salariales tal cual como fue aportado entre las últimas documentales una vez solicitada por su despacho, se evidencia que se realizaban de manera ocasional y que atendiendo a los presupuestos del artículo 128 del código sustantivo del trabajo, estos pagos no superaban el 40% del salario base del trabajador y adicional a ello reiteró, siempre se cancelaban de forma ocasional, nunca fueron de manera habitual y dentro del contrato de trabajo, si existe la cláusula puntual que beneficia beneficios extralegales si se encuentra en la cláusula décimo segunda, entonces bajo estos términos presento mi recurso de apelación, con la oportunidad de efectivamente que sea modificada la sentencia y por ende, de que se tenga en cuanto, se tengan presente en las excepciones que fueron propuestas junto con la contestación de demanda su señoría muchísimas gracias”.

el actor eran constitutivos de salario; si se acreditó la realización de trabajo suplementario por parte del demandante; si es procedente la condena al pago de una indemnización por despido indirecto y condenar al pago de la sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** el demandante inició a prestar servicios a la demandada PCC PROCESADORA COLOMBIANA DE CARNES el día 8 de abril de 2014, mediante contrato de prestación de servicios (fls. 349 a 351); **ii)** que las partes pactaron de mutuo acuerdo la terminación del contrato anterior a partir del 30 de noviembre de 2016 (fl. 358); **iii)** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 1° de diciembre de 2016 y el 30 de mayo de 2017, fecha en que el demandante presentó renuncia al cargo que desempeñaba (fls. 360 a 362); **iv)** que el demandante desempeñaba el cargo de conductor y se pactó como remuneración dentro del contrato la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (fl. 360).

- Sobre la existencia del contrato de trabajo

Para definir sobre la existencia de la relación laboral que se pide en este proceso, conviene hacer referencia al artículo 53 constitucional que consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral. Por su parte el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”. Más adelante el artículo 23 del mismo estatuto establece como elementos esenciales constitutivos de este contrato, la actividad personal del trabajador, es decir la

realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y el salario, como una contraprestación directa del servicio prestado.

Una vez reunidos estos tres elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al efecto, el artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una presunción legal, en virtud de la cual toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo. Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. En materia laboral, probada la prestación de un servicio personal (hecho causal de la presunción) se entiende que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir de manera subordinada.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme lo ha reiterado recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019 y SL2608 de 2019, entre otras.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 8 de abril de 2014 y el 29

de mayo de 2017, al advertir que el demandante demostró haber prestado servicios personales subordinados para la sociedad demandada durante dicho lapso y la demandada no manifestó oposición sobre este hecho.

Para llegar a la anterior conclusión, se advierte que de folios 349 a 351 del expediente obra el contrato de prestación servicios suscrito entre el demandante y la sociedad demandada a partir del 8 de abril de 2014, documento que da cuenta de la prestación personal del servicio desde esta fecha, y elemento suficiente para entender que en el caso bajo estudio operó la presunción legal.

Además de lo anterior, resulta pertinente indicar que si bien la apoderada de la demandada aduce en el recurso que antes del 1° de diciembre de 2016, lo que existió entre las partes fue un contrato de prestación de servicios, lo cierto es que las pruebas del expediente acreditan que la sociedad demandada nunca desconoció que desde el inicio de la relación, lo realmente existente era un contrato de trabajo.

De lo anterior da cuenta lo manifestado por la representante legal de la demandada en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 4 min. 07:04), quien refirió de manera clara que inicialmente habían suscrito un contrato de prestación del servicios con el actor pero que ello se había dado por una contratación irregular que después se corrigió realizándole el pago de todas las prestaciones y aportes correspondientes y que por ello con posterioridad, una vez subsanado el error procedieron a celebrar un contrato de trabajo.

En el mismo sentido se pronunció JENNY YANETH CASTRO REYES (Cd. 4 min. 47:15), quien manifestó ser la jefe de talento humano de la demandada desde el 1° de julio de 2014 y constarle que inicialmente el actor estuvo contratado mediante un contrato de prestación de servicios que obedeció a un error en la contratación

porque su relación era laboral, que para subsanar el error suscribieron un acta de transacción con el demandante y le pagaron las prestaciones sociales adeudadas. Manifestó además que la seguridad social siempre se le pagó y que con posterioridad suscribieron un contrato de trabajo que estuvo vigente desde el 1° de diciembre de 2016.

Así las cosas, resulta claro para la Sala que entre las partes se ejecutó una relación laboral regida por un contrato de trabajo vigente entre el 8 de abril de 2014 y el 29 de mayo de 2017, tal como lo definió la juez de primera instancia.

- Sobre el Concepto de Salario

Pasa ahora la Sala a resolver el siguiente aspecto de la controversia, para definir si la bonificación que recibía el actor como incentivo por cero devoluciones, es constitutiva de salario o no.

Al efecto, el artículo 127 CST establece que salario no es solo la remuneración ordinaria del trabajador sino también todo lo que éste percibe, en dinero o especie, como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje de ventas y comisiones. Así las cosas, es salario todo pago, en dinero o especie, que tenga naturaleza retributiva del servicio personal prestado por el trabajador.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley 50 de 1993 que modificó el artículo 128 CST, señala que no tienen naturaleza salarial los pagos que recibe el trabajador en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; así como los

beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. Sin embargo, tal como lo dispuso la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicado N° 39475 del 13 de junio de 2012, *“la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo”*.

Así las cosas, en controversias sobre la naturaleza salarial de un pago, es preciso analizar si el mismo retribuye o no el servicio personal del trabajador, por cuanto de hacerlo será salario. Frente a los pactos de exclusión salarial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia definió en sentencia SL1798 de 2018 que el artículo 128 del CST establece una excepción a la regla general del carácter salarial de los pagos realizados dentro de la relación laboral, cuando se refiere a que las partes pueden expresamente disponer cuales no son constitutivos de salario. Dice la Corte que en ese caso, dicho pacto debe ser expreso, claro, preciso y detallado sobre los conceptos cobijados por él, en la medida en que para estos asuntos no es dable recurrir a cláusulas genéricas, ni realizar una interpretación o lectura extensiva sobre los conceptos que fueron o no objeto de incorporación del pacto, dice además esa Alta Corporación que en casos de duda sobre la inclusión de un emolumento en este tipo de acuerdos, debe ser resuelta a favor de la regla general y entender que para todos los efectos es retributivo.

Para resolver lo pertinente, se encuentra a folio 327 del expediente copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes, al efecto la cláusula décima segunda de dicho contrato definió:

“BENEFICIOS EXTRALEGALES. El Empleador podrá reconocer beneficios, primas, prestaciones de naturaleza extra legal, lo que sea a título de mera liberalidad y estos subsistirán hasta que el empleador decida su modificación o supresión, atendiendo su capacidad, todos los cuales se otorgan y reconocen, y el trabajador así lo acuerdan sin que tengan carácter salarial y por lo tanto no tienen efecto prestacional o incidencia en la base de aportes en la seguridad social o parafiscal en especial este acuerdo se refiere a auxilios en dinero o en especie, primas periódicas, o de antigüedad o en general beneficios de esa naturaleza que podrán ser modificados o suprimidos por el empleador de acuerdo con su determinación unilateral tal como fue otorgado”.

Dicha cláusula en los términos de la jurisprudencia referida no puede ser tenida en cuenta por la Sala como un pacto de exclusión salarial válido, pues esta definiendo en forma genérica que cualquier pago adicional que reciba el trabajador no se considera salario, pero en manera alguna señala en forma específica lo relacionado con las bonificaciones o pago de incentivo por cero devoluciones.

Además de lo anterior, la Sala revisó la totalidad de elementos de prueba allegados al expediente, entre los cuales están la relación de pagos recibidos por el actor por concepto de incentivo por cero devoluciones (fls. 408 vto. a 424), cuya revisión acredita que desde junio de 2014 hasta mayo de 2017, y contrario a lo que indica la apoderada de la demandada en el recurso, el actor devengó durante todos los meses de la relación laboral una suma variable por este concepto, aun cuando en los recibos de pago citados no se especifica a que rubro corresponden, lo cierto es que estos comprobantes fueron aportados al proceso por el requerimiento de oficio que realizó la juez de primera instancia dentro de la audiencia celebrada el día 17 de noviembre de 2020 (fl. 405), para que se aportaran los recibos de los pagos realizados a título de incentivo por cero devoluciones, luego de que la representante legal de la demandada y la jefe de talento humano (Cd. 4 min. 07:04, Cd. 4

min. 47:15), manifestaran que así se denominaban los pagos adicionales que se hacían al actor y que éstos no estaban relacionados en los comprobantes de nómina sino en recibos aparte.

Teniendo en cuenta lo dicho en precedencia, resulta claro para la Sala que los pagos adicionales que recibía el actor, tenían carácter salarial, pues además de ser habituales, eran retributivos del servicio prestado, en cuanto constituían un incentivo al buen desarrollo de las labores encomendadas, y así lo refirieron la representante legal de la demandada y la jefe de talento humano de la sociedad demandada, cuando señalaron que esa bonificación se pagaba a aquellos empleados que luego de cumplir la ruta viajera que les era asignada para la entrega de los productos cárnicos que producen, regresaba sin realizar devolución alguna y lograban vender la totalidad de la mercancía, así los compradores habituales no la dejaran, pues al tratarse de un producto fresco se dañaba con facilidad y por ello incentivaban a sus empleados a no hacer devoluciones.

De ello, resulta acertada la decisión de la juez de primera instancia que definió el carácter salarial de dicha bonificación. No obstante lo anterior, y para responder el argumento de apelación que plantea la parte demandada, referido a que la sociedad celebró un contrato de transacción con el actor y se le canceló una suma de dinero por concepto de prestaciones sociales y una adicional para precaver cualquier litigio eventual que se suscitara frente al desarrollo y forma de terminación del contrato, es procedente analizar si corresponde declarar la excepción de pago de manera oficiosa.

Al efecto, a folio 364 del expediente obra contrato de transacción celebrado entre las partes, en él se establece:

“Las partes acuerdan dar por terminado el contrato de prestación de servicios (sic) por mutuo acuerdo hasta el día 29 de mayo de 2017. 3. El señor OSCAR ANDRES ORDOÑEZ LEDESMA acepta haber recibido por concepto de liquidación de prestaciones sociales a la terminación del contrato la suma de \$879.800. 4. Con el fin de precaver cualquier litigio eventual que pudiera presentarse en razón del desarrollo y terminación del contrato de prestación de servicios, las partes han decidido trazar las posibles diferencias en la suma de Un Millón Doscientos cincuenta y nueve mil setecientos pesos (\$1.259.700), dineros que serán pagados en dinero en efectivo a la firma de la transacción, cuya autorización ratifica en este acto y recibe a satisfacción (...).”

De dicho documento se advierte que el actor recibió una suma de dinero por concepto de liquidación de prestaciones a la finalización del contrato y una suma adicional imputable a cualquier litigio que se presentara en razón al desarrollo y terminación del contrato. Por ello, para garantizar los derechos mínimos del demandante, la Sala verificará si el valor de prestaciones sociales liquidado a la terminación del contrato por parte de la demandada, corresponde a lo que legalmente correspondía al actor y el excedente se aplicará a los valores que determinó la juez por concepto de reliquidación de prestaciones sociales, pues dicha suma de dinero no fue controvertida por las partes en los recursos interpuestos.

Para el efecto, la Sala tendrá en cuenta el salario definido en la liquidación final obrante a folio 92, donde consta el último salario devengado por el actor y que el lapso a liquidar es el comprendido entre el 1° de enero y el 29 de mayo de 2017. Las vacaciones se liquidaran desde el 1° de diciembre de 2016 hasta la terminación del contrato, pues es el lapso que la demandada tuvo en cuenta y este asunto no fue objeto de controversia dentro del proceso.

DIAS	SALARIO	VALOR CESANTÍAS	VALOR INTERES A LAS CESANTIAS	VALOR PRIMA DE SERVICIOS
149	\$ 820.857	\$339.744	\$16.874	\$339.744

VACACIONES		
DIAS	SALARIO	VALOR VACACIONES
179	\$737.717	\$183.405
	TOTAL	\$183.405

TOTAL LIQUIDACIÓN FINAL: \$879.767

Como la suma definida por la sociedad demandada en el contrato de transacción realmente corresponde a los valores de la liquidación final de prestaciones del demandante, es procedente declarar parcialmente probada de oficio la excepción de pago, pues la condena impuesta por la juez de primera instancia por concepto de reliquidación de cesantías, intereses a la cesantía y prima de servicios, cuyos valores no se controvirtieron en esta instancia corresponde a la suma total de \$1.361.045, que al restarle el valor que recibió el actor por la transacción realizada (\$1.259.700, Fl. 364), arroja un saldo de \$101.345, en este sentido se modificará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia y se condenará a la demandada al pago de esta suma de dinero.

Ahora bien, conviene precisar sobre este aspecto, que la apoderada de la parte demandante refiere en sus alegaciones que no resultaba procedente declarar parcialmente probada la excepción de prescripción y debía dictarse condena por las diferencias causadas durante el término de la relación laboral. Al efecto, la Sala no se pronunciará, pues esta discusión no fue planteada dentro de la oportunidad procesal pertinente, es decir en la sustentación del recurso de apelación y por ello en virtud del principio de consonancia definido en el artículo 66 A del CPT y de la SS no resulta viable estudiar esta materia, en el mismo sentido

tampoco se estudiará lo relativo a la solicitud de condena solidaria en contra de las personas naturales demandadas.

Tampoco se referirá la Sala a la condena impuesta por concepto de ajuste en el valor de los aportes al sistema de seguridad en pensiones, ni los salarios definidos por la juez de primera instancia para el efecto, pues ninguno de estos aspectos fue controvertido en esta instancia.

- Sobre el reconocimiento de trabajo suplementario y recargos.

Al respecto, resulta pertinente indicar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha determinado que en estos casos la parte demandante debe acreditar, más allá de cualquier duda razonable, la real y efectiva prestación del servicio en las condiciones que generan el pago de horas extras o recargos nocturno, dominical y festivo, sin que la prueba de ello sea dable mediante suposiciones ya que debe determinar con claridad la cantidad de horas que por dichos conceptos están pendientes de pago, así lo ha sostenido la alta Corporación de manera reiterada en las sentencias SL3009 de 2017, SL3085 de 2019, SL5432 de 2019, SL866 de 2020, SL4701 de 2020, entre otras.

Por lo anterior, la parte que solicita el reconocimiento de tales conceptos debe acreditar, de forma contundente, clara y específica la prestación efectiva del servicio sobre la cual funda su solicitud de pago.

Una vez revisadas las pruebas del expediente la Sala no encuentra prueba de que el demandante hubiera laborado horas extras en favor de la sociedad demandada, ninguna prueba documental, testimonial o de interrogatorio de parte, acredita que el actor hubiera laborado un número de horas superior a la jornada legal y mucho menos, los días específicos en que ello pudo haber ocurrido durante la ejecución del contrato de trabajo.

Si bien la apoderada de la parte demandante aduce en el recurso que la prueba testimonial es suficientemente clara en establecer el número de horas extras que trabajaba el actor, lo cierto es que el único testigo que se refirió al tema, ANDERSON SUAREZ VEGA (Cd. 4, min. 32:56), quien manifestó haber sido compañero de trabajo del demandante, al efecto señaló que a él le constaba que el demandante los días lunes entraba muy temprano para entregar cuentas, tipo seis de la mañana y que el resto de días era de seis de la mañana a 9, 10 u 11 de la noche sin importar que fuera festivo porque todo dependía del momento en que terminara de realizar la ruta viajera asignada.

De tal afirmación no obtiene la Sala certeza del número de horas extras que podría haber laborado el actor, tampoco es posible establecer si esto ocurría todos los días de la semana y se mantuvo durante todos los días de la relación laboral. No resulta viable suponer, por el dicho del testigo, que el actor trabajó todos los días que duró el contrato de trabajo hasta las 9, 10 u 11 de la noche y por ello, se confirmará la decisión de primera instancia que negó esta pretensión por falta de prueba.

- Sobre el despido indirecto

Resuelve la Sala sobre la indemnización que reclama el demandante por un despido indirecto. Para este efecto, los artículos 62 y 63 del CST contemplan taxativamente los hechos que constituyen justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo y asignan tanto al empleador como al trabajador la facultad de alegar su ocurrencia y resolver el contrato con indemnización de perjuicios a cargo de la parte incumplida. Cuando es el trabajador el que termina la relación de trabajo alegando una de dichas causas ocurre lo que la doctrina denomina despido indirecto y procede el pago de la indemnización correspondiente.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse para definir que opera la indemnización por despido indirecto, cuando el trabajador acredita dentro del proceso que presentó renuncia al empleador, señalando los hechos que ocasionan la misma y exponiendo las razones o justas causas por las cuales considera que esta determinación es imputable al empleador, y prueba efectivamente la ocurrencia de las justas causas aducidas. (Sentencia radicado 44155 del 26 de junio de 2012 y SL 1082-2020).

Una vez revisadas las pruebas del expediente, la Sala no encuentra acreditado que el demandante hubiere presentado renuncia exponiendo los hechos y razones que darían lugar a la configuración de una justa causa.

Al respecto, a folio 91 del expediente obra la carta de renuncia presentada por el trabajador al empleador y en ella consta que la justificación de la decisión “*obedece a motivos estrictamente personales*”, y no se aducen razones adicionales de dicha renuncia. Además de lo anterior el contrato de transacción que obra a folio 364, señala de manera clara que las partes acuerdan dar por terminado el contrato a partir del 29 de mayo de 2017, por mutuo acuerdo. De ello, es posible deducir que no se adujo la existencia de justa causa alguna imputable al empleador para la terminación del contrato por parte del trabajador, lo que excluye la posibilidad de estudiar el eventual derecho al pago de la indemnización reclamada.

- Sobre la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de cesantías a un fondo.

Para resolver lo pertinente, el artículo 65 del CST establece que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores la totalidad de salarios y prestaciones sociales cuando termine el contrato de trabajo, y en caso de incumplimiento, debe pagar un salario diario por cada día de mora. Por otra parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece a cargo del empleador el pago de la indemnización por

no consignación de cesantías a un fondo, cuando no cumple dicha obligación dentro del término legal.

Al efecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que dado el carácter sancionatorio de esta disposición, su aplicación no procede de forma automática, sino que es necesario acreditar la mala fe del empleador en su comportamiento omisivo, pues éste puede aportar razones serias, satisfactorias y justificativas de su conducta para que no proceda dicha condena, así lo reiteró esta Corporación en las sentencias SL2885 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, SL1702 de 2020, SL5086 de 2020, entre otras.

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizada la evidencia del expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó el pago de esta sanción moratoria por el no pago del excedente correspondiente a prestaciones sociales, por no tener en cuenta como factor salarial la bonificación que el actor recibía. A juicio de la Sala, no puede concluirse en la mala fe de la sociedad demandada, pues si bien existe una omisión en el pago de algunas sumas de dinero que corresponden al trabajador por concepto de prestaciones sociales, las pruebas del expediente acreditan que durante el desarrollo de la relación laboral y al momento de la terminación del contrato, la demandada entregó al demandante una suma de dinero adicional a lo que correspondía por concepto de prestaciones previendo, de manera diligente, que podrían existir valores dejados de cancelar.

Por ello, no puede deducirse mala fe de quien paga el valor de las prestaciones que considera adeuda, a la terminación del contrato y además realiza un contrato de transacción para pagar una suma de dinero adicional, sobre derechos que pudieron o no haberse causado.

En consecuencia de lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

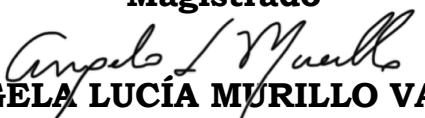
PRIMERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de establecer que la demandada debe pagar al demandante la suma única de \$101.345 por concepto de diferencias causadas en el pago de prestaciones sociales, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(Ausente por incapacidad médica)



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 31-2020-00173-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del demandante **SINDICATO DE TRABAJADORES DEL INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT – SINTRAIROOS** contra la sentencia proferida el 26 de enero de 2021 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas al demandante (42:22 archivo “015. 26-01-21 Audiencia Proceso Ordinario 11001310503120200017300”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA** (archivo “003. 2020-173 SUBSANA DEMANDA”).

El **SINDICATO DE TRABAJADORES DEL INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT – SINTRAIROOS** solicitó declarar que el **DEMANDADO** extendió unilateral e ilegalmente los beneficios convencionales a sus trabajadores no sindicalizados, en perjuicio del principio de reciprocidad y generando un enriquecimiento sin causa a favor de dichos terceros; en consecuencia, condenar al pago de la cuota por beneficio convencional o, subsidiariamente, descontando de tal condena la cuota de los trabajadores sindicalizados

o que informaron su voluntad de beneficiarse de los laudos arbitrales, seguir pagando la cuota por beneficio convencional, perjuicios por 200 SMLMV, indexación y condenas ultra y extra *petita*.

Como fundamento fáctico señaló que tiene personería jurídica conforme registro sindical 830 del 16 de mayo de 2002 y que el **DEMANDADO** es una entidad sin ánimo de lucro. Aseguró que se suscitó un conflicto colectivo, por lo que en 2015 se integró un Tribunal de Arbitramento, quien profirió Laudo el 05 de octubre de 2005, contra el cual se presentó recurso de anulación; mediante sentencia SL Rad. 28.153 del 06 de febrero de 2006, la CSJ resolvió el recurso. En 2015 se suscitó un nuevo conflicto colectivo, que finalizó con el laudo arbitral del 02 de noviembre de 2016, cuyo recurso de anulación se resolvió con la sentencia SL22028 de 2017.

Aseguró que los dos laudos consagraron derechos al incremento salarial (artículo 21), fondo de bienestar social (artículo 8), auxilio mortuario (artículo 11), auxilio por nacimiento de hijo (artículo 12), auxilio de transporte (artículo 14), auxilio de alimentación (artículo 13), beneficios que el **DEMANDADO** estableció en su “CATÁLOGO DE MEDIDAS SER+ *efr*” para los trabajadores no sindicalizados, figura ilegal que creó un régimen paralelo al convencional para aquellos que no lo conquistaron tales derechos con negociación colectiva, quienes se benefician pese no ser miembros de la organización y sin que el sindicato sea mayoritario. Por lo anterior, el 26 de abril de 2018 solicitó al Instituto certificar los trabajadores beneficiarios del laudo arbitral sin ser afiliados del Sindicato, petición que rechazó alegando que el sindicato no era mayoritario y sin entregar la relación de trabajadores reclamada;

Expuso que la **DEMANDADA** en 2017 y 2018 aplicó el incremento salarial convencional a los no afiliados, ante lo cual respondió que dicha decisión la fundó en la equidad, bienestar, libre voluntad y autonomía del empleador, hecho que menoscabó los intereses de **SINTRAIROOS**, a quien no se le consultó ni acordó dicha

extensión de los derechos colectivos, los cuales son estratégicos para motivar la afiliación al sindicato, por tanto, la promoción y afiliación de nuevos integrantes perdió razón de ser porque se regalaron las conquistas sindicales a trabajadores ajenos al sindicato, a la vez que se incentiva la desafiliación ya que se brindan los mismos derechos sin pagar cuota sindical ni cargar la estigmatización de ser trabajador sindicalizado, recibiendo los trabajadores no sindicalizados un enriquecimiento sin causa por el incremento de su remuneración sin el pago de la respectiva cuota sindical, desconociendo el principio de reciprocidad al impedir al Sindicato recibir la compensación económica por la extensión de los beneficios sindicales a los no afiliados ni aportantes de cuota, impactando la sostenibilidad y poder de negociación sindical.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (archivo “006. 2020-173 Contestación”).**

El **INSTITUTO DE ORTOPEdia INFANTIL ROOSEVELT** se opuso a las pretensiones. Indicó que el catálogo de medidas (SER+ *efr*) es un sistema de gestión legal creado hace 14 años, que únicamente incluye el auxilio de alimentación y servicio de transporte (ruta), auxilio de alimentación al personal que labora en las sedes como vales de alimentación o tarjeta para redimir en el Instituto y la posibilidad de cambiar la jornada por cumpleaños sin que se asimile a un permiso, sistema que es auditado cada 02 años. De otra parte, manifestó que el laudo arbitral del 02 de noviembre de 2016, no se adicionó a “clausulas vigentes” del laudo arbitral de 2005, último que consagró beneficios que fueron excluidos en 2016 como el auxilio de educación, sin que sea viable la figura de extensión del laudo arbitral a todos los trabajadores ya que **SINTRAIROOS** es un sindicato minoritario, lo cual comunicó con oficio del 17 de mayo de 2018, sin que fuera obligatorio entregar certificación de trabajadores no sindicalizados con derechos convencionales porque no ha existido tal extensión, siendo el reajuste salarial una acción libre y autónoma del empleador adoptada por equidad y bienestar de los empleados. Interpuso las excepciones de prescripción, inexistencia de las

obligaciones a cargo del demandado, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (42:22 archivo “015. 26-01-21 Audiencia Proceso Ordinario 11001310503120200017300”).

El 26 de enero de 2021, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de pretensiones condenatorias impetradas por la ORGANIZACIÓN SINDICAL SINDICATO DE TRABAJADORES DEL INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT – SINTRAIROOS a la demandada INSTITUTO COLOMBIANO DE ORTOPEDIA Y REHABILITACIÓN FRANKLIN DE ROOSEVELT. SEGUNDO: CONDENAR al pago de costas y agencias en derecho a la ORGANIZACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DEL INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT – SINTRAIROOS en cuantía de medio SMLMV. Se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento que la sentencia no sea apelada. (...)”.

El *a quo* fijó como problema jurídico determinar si procede la condena al pago de cuotas sindicales de trabajadores no afiliados al sindicato con beneficios convencionales y si la **DEMANDADA** vulneró el derecho de asociación.

Para resolver indicó que los derechos de asociación y asociación sindical tiene un aspecto positivo y negativo, acreditando la **DEMANDANTE** la existencia de los laudos arbitrales reclamados, así como del catálogo de medidas adoptado por la **DEMANDADA** para los trabajadores no sindicalizados, pero al compararse los beneficios entre ambas disposiciones, se advierte que el subsidio de alimentación y el servicio de transporte no fueron conquistas sindicales sino derecho que ya existían con anterioridad en la empresa, mientras que los demás beneficios no son equiparables, por lo cual no se violó el principio de reciprocidad, ni siquiera con la equivalencia salarial, la cual materializa el principio de igualdad salarial entre quienes laboran en condiciones idénticas, por tanto, al no ser equivalentes las

condiciones entre los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados no es posible extender el descuento de cuotas sindicales, por lo cual son improcedentes las pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **SINTRAIROOS** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que en la sentencia SL22224 de 2017 la H. CSJ dio prevalencia al aspecto positivo del derecho de asociación y en la sentencia SL495 de 2019 aceptó la diferenciación entre el salario convencional frente los trabajadores que deciden no negociar sus condiciones laborales, además, la **DEMANDADA** calcó los beneficios convencionales a los trabajadores no sindicalizados, a medida que fueron proferidos los laudos arbitrales y no de forma previa, igualando las condiciones de los trabajadores no sindicalizados para que éstos no se acerquen al sindicato, a cuyos afiliados no otorga varios derechos reconocidos en los laudos como medida discriminatoria, además, los afiliados deben soportar el descuento de la cuota sindical, siendo procedente condenar a la **DEMANDADA** por no hacer los descuentos sindicales, omisión que vulneró varias normas, por tanto, la sentencia apelada discrepa de lo dicho en las sentencias SU342 de 1995, T765 de 2007 y SL3597 de 2020¹(43:19 archivo “015. 26-01-21 Audiencia Proceso Ordinario 11001310503120200017300”).

¹ Con el debido respeto, el suscrito apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación contra la providencia que acaba de notificarse en estrados por parte del Despacho conforme el CPTSS. Fundamentalmente me aparto de lo que acaba de señalar su Señoría, por cuanto, en particular en relación con la libertad de asociación sindical, la propia Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado y ha señalado que tiene una mayor carga favorable a los intereses de la organización sindical el derecho de asociación positivo, lo cual ha dicho en la sentencia SL22224 del 18 de octubre de 2017, igualmente, la propia Corte en sentencia SL495 de 2019 ha señalado que es perfectamente ajustado a derecho diferencia entre los salarios de los trabajadores sindicalizados que obtienen mejoras a través de la negociación colectiva y quienes en ejercicio de su derecho de asociación negativo deciden no negociar sus condiciones laborales, no siendo viable igualar las condiciones de los trabajadores sindicalizados con los de los no sindicalizados. De otra parte, la organización sindical considera que efectivamente, como demandante, el paralelo que hace su Señoría y en el cual se pretenden que deban ser idénticos los derechos no resulta ajustado a la necesidad del análisis del caso, por lo siguiente, varios de los beneficios que calcó la demandada fueron utilizados cambiando su denominación y cambiando un poco el sentido con el que se expresaron pero se aplicaron en la medida que aparecieron en el laudo arbitral, no antes, el reajuste salarial fue aplicado con posterioridad a la expedición del laudo arbitral de 2005, no antes, no ha habido mayor movimiento en los derechos laborales de los trabajadores aparte de los dos momentos en que los dos laudos arbitrales han sido proferidos por sendos Tribunales de Arbitramento, esto nos lleva a nosotros a la conclusión inequívoca de que las condiciones laborales que han sido establecidas por el empleador no lo han sido dentro de la libertad de configuración que tiene para modificar las condiciones laborales de los trabajadores no sindicalizados sino exactamente en el sentido de crear un ambiente en el cual quienes no sean sindicalizados no se vean motivados a aproximarse a la organización sindical que ha conseguido

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó acceder a la apelación, ya que el fallo desconoció las sentencias SL22224 de 2017 y SL495 de 2019 y las reglas jurisprudenciales de protección del derecho de asociación sindical de la sentencia T-703 de 2003, por tanto, igualar en derechos a los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados conlleva que deban ser igualados en deberes, entre ellos el pago de la cuota sindical, además, no se exige plena identidad al comparar los beneficios convencionales y no convencionales para aplicar la sentencia SL3597 de 2020 y en el caso concreto el plan de beneficios a los trabajadores no sindicalizados reformuló y mejoró el régimen convencional para desestimular al afiliación sindical, así mismo, alegó hechos y pruebas sobrevinientes, como el laudo arbitral del 08 de julio de 2020, que fue objeto de la sentencia SL2667 de 2021, el cual consagró un aumento salarial convencional en 2021 y 2022, el

los beneficios laborales. De otra parte, téngase en cuenta que la demandada ha dejado de reconocer varios de los derechos laborales que están establecidos en el laudo arbitral de 2005 a mis representados, a los afiliados a la organización sindical que el suscrito apoderado judicial representa en este proceso y por tanto existe una actitud discriminatoria lesiva del derecho de asociación sindical. Finalmente, en cuanto la argumentación fáctica, hay que resaltar que son idénticas las condiciones de quienes recibieron el ajuste salarial siendo sindicalizados con quienes no lo son, porque los trabajadores sindicalizados reciben un descuento del 1% que los no sindicalizados no reciben, lo cual hace que su condición en cuanto la diferencia de salarios sea más beneficiosa que la que reciben los trabajadores sindicalizados. Ahora bien, considero que los artículos 400 del CST sobre retención de cuotas sindicales y 39 relativo a la cuota por beneficio, junto al artículo 6 parágrafo de la Ley 1527 en relación con la obligación solidaria del empleador en caso de no hacer los descuentos han sido violados y a su vez esta violación constituye violación de las siguientes disposiciones legales: artículo 200 CP\$ modificado por el artículo 26 de la Ley 1453 de 2011, del artículo 25 del Decreto Ley 2591 de 1991 relativo a las indemnizaciones y costas en acciones de tutela que conocen los jueces ordinarios, de la igualdad de los trabajadores de que trata el artículo 10 CST, el 12 relativo a los derechos de asociación y huelga, el 13 sobre el mínimo de derechos y garantías, el 14 sobre el carácter de orden público e irrenunciabilidad de los derechos, el 16 sobre el efecto de las normas por ser de orden público, el 18 sobre la norma general de interpretación, el 19 sobre las normas de aplicación supletoria, el 20 sobre los conflictos de la leyes, el 21 sobre las normas más favorables, el 353 sobre el derecho de asociación, el 354 sobre la protección del derecho de asociación, el 355 sobre actividades lucrativas, el 358 sobre libertad de afiliación, el 373 sobre las funciones en general de las organizaciones, el 378 sobre la libertad del trabajo, el 475 sobre las acciones de los sindicatos, igualmente los artículos 2, 3 y 8 de la Ley 26 de 1976 aprobatoria del Convenio 87 de la OIT, los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 27 de 1976 Convenio 78 de la OIT, el artículo 2341 sobre la responsabilidad extracontractual CC, el artículo 48 sobre la dirección del procedimiento por el Juez, el 50 sobre las pretensiones ultra y extra petita y el 60 sobre el análisis de las pruebas, el 61 sobre la libre formación del convencimiento del CPTSS, el artículo 11 CGP sobre interpretación de normas procesales junto al 42 numeral 2, 4 y 6 y el artículo 260 del mismo y los artículos 1, 38, 39, 53, 55, 83, 86, y 228 constitucionales en armonía con el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, además, la disposición que acaba de dictar su señoría se encuentra en discrepancia con los establecido en las sentencias SU342 de 1995 y T765 de 2007 de la Corte Constitucional y también de la sentencia SL3597 de 2020 que fue señalada como parte de los fundamentos de derecho de la sentencia que acaba de ser dictada. En esos términos, respetuosamente solicitó al honorable Tribunal revocar la decisión que acaba de proferir el Despacho y en su lugar conceder las pretensiones de la demanda. En esos términos dejo planteada la apelación.

cual extendió la empresa a los trabajadores no sindicalizados. El apoderado de la **DEMANDADA** solicitó negar el recurso de apelación y no considerar la prueba allegada con los alegatos del **DEMANDANTE** por la falta de oportunidad para controvertirla en el debate procesal, de otra parte, alegó que su catálogo de medidas a trabajadores no sindicalizados no es un acto de mala fe o una extensión de beneficios sindicales para desincentivar la afiliación, porque lleva más de 14 años de creado y no es igual o similar al laudo arbitral, por tanto, no procede el descuento de cuotas sindicales por los beneficio que reconoció en dicho catalogo por equidad y bienestar social, más aun cuando no se cumplen las condiciones legales para extender el laudo arbitral suscrito con un sindicato minoritario.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho al **DEMANDANTE** a las pretensiones reclamadas contra el **DEMANDADO** por la extensión de los beneficios convencionales a los trabajadores no sindicalizados como medida discriminatoria contra el sindicato, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **SINDICATO DE TRABAJADORES DEL INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT – SINTRAIROOS** se constituyó como sindicato de primer grado y empresa, con personería jurídica 830 del 16 de mayo de 2002 (pág. 27 archivo “003. 2020-173 SUBSANA DEMANDA”); **ii)** el 05 de octubre de 2005, se suscribió Laudo Arbitral

que resolvió el conflicto colectivo entre el **DEMANDANTE** y el demandado **INSTITUTO DE ORTOPEDIA INFANTIL ROOSEVELT**, negando la H. CSJ anular el laudo en la sentencia SL Rad. 28.153 del 06 de febrero de 2006 que resolvió el recurso de anulación del **DEMANDADO** (pág. 49 a 81 archivo “003. 2020-173 SUBSANA DEMANDA”); **iii)** el 02 de noviembre de 2016, se suscribió laudo arbitral que resolvió el conflicto colectivo entre el **DEMANDANTE** y el **DEMANDADO**, negando la H. CSJ anular el laudo en la sentencia SL22028 de 2017 que resolvió el recurso de anulación del **DEMANDADO** (pág. 82 a 113 archivo “003. 2020-173 SUBSANA DEMANDA”); **iv)** el **DEMANDADO** consagró un “catálogo de medidas SER+” (pág. 166 a 207 archivo “003. 2020-173 SUBSANA DEMANDA”).

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas al **DEMANDANTE**.

El apoderado del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que la H. CSJ ha dado prevalencia al aspecto positivo del derecho de asociación sindical y permite la diferenciación salarial a favor de los trabajadores sindicalizados, conforme las sentencias SL22224 de 2017 y SL495 de 2019, calcando la **DEMANDADA** los beneficios convencionales a favor de sus trabajadores no sindicalizados, a medida que fueron proferidos los laudos arbitrales, a fin de que los trabajadores no sindicalizados no se acerquen a la organización, cuyos miembros discrimina y quienes además deben pagar cuota sindical, por lo cual proceden las condenas.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Prohibición de usar los pactos colectivos para discriminar a los trabajadores sindicalizados.**

El artículo 38 constitucional define como fundamental el derecho de asociación, el cual conforme la sentencia C-041 de 1994 protege la

libre voluntad de la persona para perseguir fines lícitos a través de una organización, donde converjan esfuerzos, recursos y demás elementos provenientes de sus miembros en pro de un designio colectivo.

Es posible crear sindicatos y asociaciones empresariales en ejercicio del derecho de asociación, prerrogativa que debe ser protegida de toda limitación distinta a las consagradas en la Constitución, Ley e instrumentos internacionales suscritos por Colombia. Así las cosas, el derecho de asociación sindical, consagrado en el artículo 39 constitucional, es una derivación del derecho general de asociación, con características particulares y específicas, cuya finalidad es mejorar las condiciones de prestación del servicio y el acceso progresivo a los derechos sociales, tal y como se indicó en la sentencia C-471 de 2020.

Para la H. Corte Constitucional, el derecho de asociación sindical es una garantía voluntaria, relacional e instrumental, que no se limita a crear organizaciones de trabajadores sino que también incluye el derecho a vincularse a la mismas y a ejercer la negociación colectiva para materializar los fines y pretensiones de la organización, por tanto, conforme lo dicho en las sentencias T-441 de 1992 y T-656 de 2004, este derecho abarca: **i)** la libertad individual para organizar sindicatos, cuyo pluralismo reconoce el artículo 02 del Convenio No. 87 de la OIT, **ii)** la libertad de sindicalización, porque nadie puede ser obligado a afiliarse o desafiliarse de un sindicato, **iii)** la autonomía sindical, como la facultad de la organización para crear su derecho interno y organizarse, conforme el artículo 3° del Convenio 087 de la OIT.

La protección de los derechos de asociación sindical y negociación colectiva no deriva únicamente del artículo 39 constitucional, sino también de su reconocimiento internacional en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

los Convenios 87, 98, 151 y 154 de la OIT (aprobados por Colombia con las Leyes 26 y 27 de 1976, 411 de 1997 y 524 de 1999).

Así las cosas, ninguna persona puede ser objeto de actos de discriminación antisindical que procuren vulnerar, desconocer o restar efectividad a los derechos de negociación colectiva y asociación sindical.

No han sido pocas las ocasiones en las que el empleador, haciendo uso arbitrario del *ius variandi*, establece incentivos a favor de los trabajadores no sindicalizados para procurar la renuncia de los trabajadores afiliados a organizaciones sindicales, impedir la negociación colectiva o discriminar a los empleados sindicalizados.

En efecto, el artículo 481 CST permite celebrar pactos colectivos entre el empleador y los trabajadores no sindicalizados, que se rigen por las disposiciones de los Títulos II y III, Capítulo I, Parte Segunda de dicho Código, aplicables únicamente a quienes los suscriben o adhieren a ellos. Dicha disposición permite que a los pactos colectivos le aplique la regulación propia del derecho colectivo del trabajo, lo cual permite su uso para solucionar conflictos colectivos de trabajo, establecer condiciones que rigen los contratos de trabajo durante su vigencia, la aplicación común de la regulación propia de las convenciones colectivas, pudiendo coexistir con aquellas salvo que existan sindicatos que agrupen más de la tercera parte de los trabajadores de una empresa conforme el artículo 70 de la Ley 50 de 1990, medida que se justifica por la extensión de beneficios convencionales del artículo 471 CST.

Para la H. Corte Constitucional, hay discriminación cuando el empleador utiliza los pactos colectivos u otras medidas como normas contractuales, planes de beneficios o servicios, para fijar un régimen jurídico diferenciado entre trabajadores no sindicalizados y trabajadores afiliados a dichas organizaciones, lo cual ocurre cuando reconoce mayores beneficios a los primeros, condiciona el acceso a los

nuevos beneficios a la renuncia al sindicato o simplemente estimula la deserción sindical, medidas reprochadas en las sentencias SU-342 de 1995, SU-511 de 1995, SU-569 de 1996, SU-570 de 1996, SU-169 de 1999, T-012 de 2007, T-020 de 2007, T-167 de 2007, T-345 de 2007, T-570 de 2007, T-084 de 2012, T-619 de 2013, T-069 de 2015 (A-0001 de 2016), entre otras.

El anterior reproche se justifica en el hecho de que si bien el empleador puede suscribir pactos colectivos o fijar condiciones laborales a sus trabajadores no sindicalizados, las cuales pueden coexistir con las convenciones colectivas o laudos arbitrales, dicha libertad está limitada por las normas constitucionales e internacionales de protección de los derechos de asociación sindical y negociación colectiva.

En consecuencia, todo régimen diferenciado entre trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, sin una justificación objetiva de tal tratamiento distinto por motivos serios y fundados desde la racionalidad, razonabilidad y finalidad de la medida o la cantidad, calidad y eficiencia del trabajo, se considera discriminatorio, más aún cuando dicho trato coarta directa o indirectamente la libertad sindical al estimular la deserción sindical o desincentivar la afiliación de nuevos miembros al sindicato, lo cual constituye un acto contrario al derecho de asociación sindical conforme el artículo 354 CST.

La H. Sala de Casación Laboral de la CSJ no ha sido ajena a los conflictos relativos al uso de regímenes diferenciados entre trabajadores sindicalizados y no sindicalizados como medidas discriminatorias contra los derechos de negociación colectiva y asociación sindical.

En la sentencia SL3597 de 2020, la H. CSJ analizó la presunta conducta antisindical del empleador de ofrecer un plan de beneficios idéntico al estipulado convencionalmente, privando al sindicato de las cuotas sindicales a cargo de los trabajadores que disfrutaban beneficios

iguales a los conquistados en la negociación colectiva, concluyendo que no era viable imponer el deber de descuento de tales cuotas por trabajadores no afiliados al sindicato minoritario reclamante y que no se beneficiaban de la convención colectiva.

No obstante, en la precitada providencia, la H. CSJ indicó que el sindicato podía solicitar, directamente como persona jurídica y a título de indemnización de perjuicios por conductas antisindicales, considerar el valor de la cuota sindical como parámetro de evaluación de la cifra resarcitoria, toda vez que desde la sentencia SL Rad. 11.859 del 28 de enero de 1999, la Corte ha concluido que conceder beneficios superiores a través de pactos colectivos en perjuicio de los trabajadores sindicalizados es una práctica reprochable que atenta contra la libertad sindical, libertad de asociación y negociación colectiva consagrados en los artículos 39 y 55 constitucionales y en los Convenios 87 y 98 de la OIT, al desestimular la sindicalización y promover la desafiliación de los miembros ya afiliados, asunto que trasciende al campo de los derechos humanos y que puede acarrear medidas de reparación y no repetición.

Señaló la H. CSJ que ha sido su postura jurisprudencial reiterada y pacífica reconocer al sindicato como titular directo de los derechos de igualdad, debido proceso, negociación colectiva y asociación sindical, pudiendo reclamar directamente la justiciabilidad de dichos derechos para defender su propia existencia y personalidad y, de ser el caso, reclamar la reparación de perjuicios, tal y como se reiteró en las sentencias SL Rad. 7.916 del 18 de diciembre de 1995 y SL3933 de 2018, más aún cuando los artículos 2341 CC y 475 CST consagran la posibilidad a dichas organizaciones de reclamar la indemnización de daños y perjuicios ante quien les causa daño con conductas antisindicales comprobadas, más aún cuando el sindicato, al no tener animo de lucro conforme el artículo 355 CST, lo que le impide agenciarse ingresos por medios distintos a la cuota sindical, cuyo recaudo puede disminuir por actos discriminatorios el empleador.

Sobre la importancia de la cuota sindical, la H. Corte Constitucional ha indicado que existen “*cláusulas de seguridad sindical*”, entre ellas el derecho de pago de dicha cuota. Es así como en la sentencia T-834 de 2000, reiteró la sentencia T-324 de 1998, indicando que no se concibe la asociación sindical sin garantía de que la asociación contará con los elementos materiales necesarios, tanto en bienes y recursos económicos, para cumplir los fines para los cuales fue creada, existiendo un real derecho del sindicato a recibir las cuotas sindicales, respaldado en el artículo 39 constitucional.

Por su parte, en la sentencia T-168 de 2004 se citó nuevamente la sentencia T-324 de 1998, para indicar que la retención indebida o simple mora en el pago de la cuota sindical atenta contra la existencia del sindicato y desconoce el derecho de asociación sindical, porque al igual que el salario puede configurar el mínimo vital del trabajador, las cuotas sindicales constituyen el “*mínimo vital*” necesario para la subsistencia del sindicato.

Acorde con los planteamientos anteriores, la H. CSJ en la sentencia SL3597 de 2019, concluyó que toda dadiva, beneficio u medida de presión indirecta sobre trabajadores en procura de desincentivar la afiliación sindical o impulsar el retiro de la organización genera un daño indemnizable por pérdida de oportunidad, siempre que sea cierto y cuantificable en cuanto la existencia y fuente de financiación de la organización, disminución de fuerza en la negociación colectiva.

Acogiendo los antecedentes normativos expuestos, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que el empleador, es uso del *ius variandi*, puede establecer medidas laborales para sus trabajadores e incentivos que fomenten la mejora del ambiente laboral, el equilibrio entre la vida personal, familiar y laboral y el bienestar de sus empleados, libertad que solo encuentra limite en el respeto de los derechos laborales, legales, constitucionales y humanos, tal y como lo fija el literal b) del artículo 23 CST, el artículo

53 constitucional y las distintas normas internacionales laborales integradas a nuestro ordenamiento jurídico nacional.

El **DEMANDANTE**, en su recurso de apelación, solicitó revocar el fallo de primera instancia y acceder a las pretensiones, alegando que el **DEMANDANDO** incurrió en prácticas antisindicales al extender los beneficios convencionales a los trabajadores no sindicalizados.

Revisado el expediente, en la subsanación de la demanda, presentada mediante correo electrónico del 17 de julio de 2020, se aportaron los estatutos de **SINTRAIROOS**, los laudos arbitrales del 05 de octubre de 2005 y 02 de noviembre de 2016, junto con las correspondientes sentencias que resolvieron los recursos de anulación interpuestos contra los mismos, respuesta a petición del 03 de octubre de 2018, reglamento interno de trabajo de la **DEMANDADA**, derecho de petición del 26 de abril de 2018 solicitando el descuento de cuota sindical por extensión de beneficios convencionales, respuesta a petición del 17 de mayo de 2018, derecho de petición del 19 de julio de 2018 solicitando el pago del auxilio educativo para hijo, respuesta a petición del 31 de julio de 2018, derecho de petición del 19 de septiembre de 2019 relativo al permiso por cumpleaños, derecho de petición de información del 14 de mayo de 2019, respuesta a petición del 27 de mayo de 2019 y catálogo de medida SER+ (archivo “003. 2020-173 SUBSANA DEMANDA”).

Por su parte, la **DEMANDADA** aportó con su contestación de la demanda copia de los precitados laudos arbitrales y sentencias que resolvieron los recursos de anulación, respuesta a petición del 27 de mayo de 2019 y la nómina de pago de julio de 2020 de todo su personal (archivo “006. 2020-173 Contestación”).

Los precitados elementos de prueba, que fueron los únicos practicados durante el proceso, permiten concluir sin duda alguna que el **DEMANDADO** implementó el denominado “catálogo de medidas

SER+”, afirmando en su contestación que aquel fue creado desde hace 14 años (pág. 3 archivo “006. 2020-173 Contestación”).

No obstante estar demostrado la existencia del precitado catálogo, el **DEMANDANTE** no logra acreditar que los beneficios implementados con dicho mecanismo sean exclusivos de los trabajadores no sindicalizados, por cuanto el documento allegado con la demanda solo permite verificar que es un programa para gestionar el bienestar y felicidad de su gente, mediante beneficios no salariales otorgados por el empleador, sin que en dicho documento fije que los trabajadores sindicalizados no pueden acceder a dichas medidas o que aquellas son incompatibles con cualquier otro beneficio contractual, reglamentario o convencional adoptado al interior de la organización (pág. 166 a 207 archivo “003. 2020-173 SUBSANA DEMANDA”).

De otra parte, las respuestas a peticiones que profirió el **DEMANDADO** los días 17 de mayo de 2018, 31 de julio de 2018 y el 27 de mayo de 2019 no indican, mencionan ni sugieren que los trabajadores sindicalizados no puedan acceder al catálogo de medidas SER+, limitándose el Instituto en dichas respuestas a resolver las solicitudes de cobro de cuota sindical por extensión de beneficios, reclamos por falta de reconocimiento de beneficios convencionales y cuestionamientos sobre el aumento salarial de 2017 y 2018 (Pág. 156 a 157, 159, 163 a 165 archivo “003. 2020-173 SUBSANA DEMANDA”).

Así las cosas, no es posible acceder a las suplicas del apelante, ya que no hay una sola prueba de que el catálogo de medidas SER+ excluya a los miembros del sindicato y, en consecuencia, no se acredita una discriminación en contra de los miembros de dicha organización.

Inclusive, en gracia de discusión, advierte esta Sala que aún en el caso de demostrarse que el catálogo de medidas SER+ excluye a los trabajadores sindicalizados y establece beneficios superiores a los convencionales, el **DEMANDANTE** tampoco aportó elementos de prueba que permitan tasar una cifra resarcitoria, en los términos

señalados en la sentencia SL3597 de 2020, por cuanto no demostró su número de afiliados, ni el flujo de desafiliaciones en la organización desde la implementación del catálogo, ni el monto histórico del recaudo por cuota sindical y su progresiva disminución ni ningún otro elemento de prueba más allá de los estatutos sindicales.

Ahora bien, no pasa por alto esta Sala que el apelante indica que el incremento salarial efectuado a los trabajadores no sindicalizados en los mismos términos que el señalado en los laudos arbitrales desestimula la afiliación e incentiva la deserción de la organización, sin embargo, no acreditó que dicho incremento sea superior al convencional, todo lo contrario, señaló que era igual o equivalente, por tanto, no se puede catalogar como un trato discriminatorio al no generar diferencia entre unos y otros y, conforme la amplia cita jurisprudencial de providencias de la H. Corte Constitucional y H. CSJ, se cataloga como conducta antisindical el pactar beneficios **mayores** a los convencionales y crear condiciones laborales favorables a los trabajadores no sindicalizados **excluyendo** a los miembros de la organización sindical, presupuestos que no se cumplen en el caso bajo estudio porque se reitera, el incremento salarial fue igual para unos y otros y además no se demostró que el catálogo de medidas SER+ excluya de su ámbito de aplicación a los trabajadores sindicalizados.

Por último, pero no menos importante, es que descartada la posibilidad de acceder a la medida indemnizatoria solicitada por el apelante, tampoco es viable acceder a sus pretensiones principales, a saber, ordenar al **DEMANDADO** el pago de cuotas sindicales por los trabajadores no sindicalizados, por cuanto la H. CSJ indicó en la sentencia SL3597 de 2020 que no procede ordenar el pago de dichas cuotas ni imponer el descuento de las mismas a trabajadores no sindicalizados, cuando el sindicato reclamante es minoritario y no se demuestra que los trabajadores no sindicalizados se beneficien de la convención colectiva o laudo arbitral, siendo procedente eventualmente una medida indemnizatoria por medidas antisindicales consistente en crear regímenes de beneficios superiores que los

convencionales que excluyan a los trabajadores sindicalizados, situación que no se acreditó en este caso.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará el fallo apelado.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada.
(Ausente por incapacidad médica)



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

Radicado N° 37 2018 00754 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes en contra de la sentencia proferida el 28 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró una sustitución de empleador y se condenó al pago de una indemnización por despido sin justa causa.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

NANCY YANETH MORA ROJAS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **ORLANDO MUÑOZ NEIRA**. Solicita que se declare que en el presente asunto operó la sustitución empresarial definida en el artículo 67 del CST, por el cambio de empleador que hubo en la Notaría 63 de Bogotá. Como consecuencia de lo anterior pide que se condene al demandado al reintegro a un cargo de igual o superior categoría, junto con el pago de los salarios, prestaciones, vacaciones y aportes a seguridad social causados desde el momento

de la terminación del contrato y hasta que se haga efectivo el reintegro; que se ordene el pago de 4 días de salario causados entre el 19 y el 22 de mayo de 2017 que no fueron cancelados y se disponga el reajuste correspondiente de las prestaciones.

De manera subsidiaria solicita que se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, indexación, perjuicios extrapatrimoniales por pérdida de una oportunidad, perjuicios extrapatrimoniales por daños morales, perjuicios extrapatrimoniales por daños a la viuda de relación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que el 1° de julio de 2010, suscribió contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con CRISTOBAL ALZATE HERNANDEZ, para trabajar en la Notaría 63 del Circulo de Bogotá; que el salario inicialmente pactado fue la suma de \$9.000.000; que desempeñó diferentes funciones como asesora jurídica de la notaría, firmaba como secretaria general, fungió como notaria encargada, entre otros; que el contrato de trabajo se prorrogó de forma sucesiva por periodos iguales; que las prórrogas se fueron dando hasta la fecha de liquidación por el notario saliente sin que ello implicara terminación del contrato de trabajo; que cuando ocurrió el cambio de notario las prórrogas se estaban efectuando de manera anual; que la última renovación ocurrió el 1° de julio de 2016 y por ello el contrato estaba vigente hasta el 30 de junio de 2017, pues las renovaciones anuales iniciaron el 1° de julio de 2012; que el último salario devengado corresponde a la suma de \$15.000.000.

Señaló que el demandado fue designado como Notario 63 de Bogotá mediante Decreto 268 del 14 de febrero de 2017; que el 4 de mayo de 2017, el notario entrante se hizo presente en las instalaciones de la notaría y manifestó a los trabajadores que pensaba continuar con todos los empleados, previa presentación de renuncia para firmar un nuevo contrato hasta de diciembre de 2017, mientras

los conocía; que como los trabajadores no estuvieron de acuerdo en renunciar el demandado aceptó continuar con todos sin excepción; que el demandado recibió formalmente la notaria el día 18 de mayo de 2017, fecha en que se suscribió el acta de entrega por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro; que ORLANDO MUÑOZ NEIRA asumió sus responsabilidades como Notario 63 desde el día 19 de mayo de 2017; que al terminar el proceso de entrega el notario entrante citó a todos los trabajadores a una capacitación el día 20 de mayo siguiente; que estando en la capacitación el demandado le solicitó información sobre las claves y controles de las alarmas y le pidió que atendiera una pareja que se presentó a preguntar por unión marital de hecho; que el día lunes 22 de mayo de 2017 se presentó a trabajar, como era costumbre y el demandado sin citarla en privado y de manera verbal le manifestó que ya no era funcionaria de esa notaria y debía retirarse sin que mediera justificación alguna.

Finalmente refirió que en la notaría subsiste la necesidad de la continuidad de las labores que desempeñaba y que se dan los elementos necesarios para que opere la sustitución de empleadores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ORLANDO MUÑOZ NEIRA. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con su fecha de designación como Notario y frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de temeridad y mala fe de la demandante, inexistencia de sustitución patronal, inexistencia de relación laboral, enriquecimiento sin causa del demandante, cobro de lo no debido por ausencia de causa, buena fe, incumplimiento al deber probatorio, prescripción y pago (fls. 138 a 201).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 28 de octubre de 2020, declaró la sustitución de empleador y condenó al demandado al pago de la indemnización por despido sin justa causa. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la sustitución de empleadores por el cambio de notario 63 del círculo notarial de Bogotá entre el actor Cristóbal Álzate Hernández y el demandado Héctor Orlando Muñoz Neira respecto del contrato de trabajo de la demandante Nancy Yaneth Mora Rojas. **SEGUNDO: DECLARAR** que la terminación de la relación laboral de la demandante se dio sin justa causa, a partir del día 19 de mayo del año 2017, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO: CONDENAR** al demandado Orlando Muñoz Rojas Neira a reconocer y pagar a favor de la demandante señora Nancy Yaneth Mora Rojas la suma de \$21.000.000 por concepto de indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, en los términos del artículo 64 del código sustantivo del trabajo, cifra que deberá ser reconocida de manera indexada. **CUARTO: ABSOLVER** al demandado de las demás pretensiones invocadas en su contra por la demandante de conformidad con los argumentos expuestos, en la parte motiva de esta decisión. **QUINTO: COSTAS** a cargo del demandado fijó como agencias el derecho a la suma de \$ 500,000...”.

El Juez definió el problema jurídico en determinar si operó una sustitución patronal entre el Notario 63 saliente y Notario 63 entrante y en dado caso establecer si hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa que se reclama. Para resolverlo indicó que entre la demandante y CRISTOBAL ALZATE HERNANDEZ, quien fungió como Notario 63 del Circulo de Bogotá hasta el 19 de mayo de 2017, existió una relación laboral que se rigió por un contrato de trabajo a término fijo que se prorrogó de manera sucesiva. Sobre la sustitución patronal señaló que ésta operó con el demandado y

Notario 63 entrante, ORLANDO MUÑOZ NEIRA, pues en el momento de la transición no se dio por terminado el contrato de la demandante, dijo que siguiendo la directiva establecida por la Superintendencia de Notariado y Registro y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en casos de cambio de notario opera la sustitución de empleador. Agregó que pese a que el notario saliente acreditó haber liquidado y pagado el valor de la liquidación a la totalidad de los empleados de la notaría, incluyendo a la demandante, de ello no se deduce que el contrato de trabajo hubiere finalizado, pues en la liquidación se estableció que se realizaba por la sustitución patronal que operaba y nada se dijo sobre la terminación del contrato.

También señaló el juez de primera instancia, que si bien no existe prueba de que la demandante hubiera prestado servicios en la Notaria 63 a partir del 19 de mayo de 2017, fecha en que se materializó y se hizo efectiva la entrega de la Notaría por parte del notario saliente, lo cierto es que ello no implica que no se hubiere dado la sustitución de empleador y en consecuencia se entienda que el demandado finalizó de manera unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo de la demandante y por tal razón debe pagar la indemnización correspondiente, teniendo como fecha de finalización del contrato el 19 de mayo de 2017.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque parcialmente la decisión de primera instancia y se condene al demandado al pago del salario causado entre el 19 y 22 de mayo de 2017, se ajuste la liquidación de la indemnización por despido y se ordene el pago de las prestaciones e indemnizaciones causadas por la omisión en el pago de estos salarios. Para sustentar el recurso aduce que el acta de entrega formal de la notaría tiene fecha del 18 de mayo de 2017, que está probado dentro del expediente que la

demandante se presentó a laborar el día 19 de mayo de 2017 y recibió órdenes e instrucciones del notario entrante durante los días 19 y 20, y que al presentarse a laborar el día 22 de mayo el demandado simplemente le dijo que ella no trabajaba en esa notaria, que nunca le dio una certificación por el tiempo servido, ni le pago los salarios y prestaciones causados por esos días de trabajo, y menos aún la indemnización por despido sin justa causa.

Señaló que el contrato que regía la relación laboral era realmente a término indefinido, pues así consta en las diversas liquidaciones que se encuentran en el expediente, que si bien el notario saliente liquidó a todos sus trabajadores con corte al 19 de mayo de 2017, lo cierto es que solo estaba obligado a efectuar el pago hasta el 18 de mayo, pues ese fue el último día de prestación del servicio a su favor, el 19 se canceló porque se creía que la Superintendencia de Notariado y Registro iba aceptar la prórroga solicitada por el notario entrante y saliente , pero al no haber sido aceptado tuvo que liquidar a todos los trabajadores hasta ese día. Puntualizó que el juez de primera instancia no analizó las declaraciones extra juicio que obran dentro del expediente y en las que consta que la demandante se presentó a trabajar el día sábado 20 de mayo y que ese día recibió órdenes del notario entrante, quien le pidió que atendiera una pareja que solicitaba información sobre una unión marital de hecho¹.

¹ “Procedo a interponer el recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de pronunciar, este recurso pasó a sustentarlo en los siguientes términos, el despacho considera en forma errada que los efectos fiscales del notario entrante, se suceden a partir del 19 y no del 18 de mayo, el acta de entrega se firmó se suscribió y se aceptó el 18 de mayo de 2017, qué pasó notario entrante y notario saliente habían solicitado una prórroga, que no fue aceptada por la Superintendencia de Notariado y registro, no la aceptó por esa razón entonces el acta de entrega tiene esa fecha 18 de mayo de 2017, qué pasó el día 19 se presentó la demandante a laborar en la notaría, qué pasó el día 20 señor juez, que usted ignoró ese hecho la demandante estuvo allí al servicio del señor notario entrante y él le dio órdenes varias relacionadas con el giro normal de sus actividades laborales, está probado que esos días estuvo ella laborando no al servicio del notario saliente sino al servicio del notario entrante, que él no estaba obligado a contratarla, eso se admite no hay duda el señor no estaba obligado a contratarla, pero sí laboró sí laboró los días 19,20,21 que era domingo pero tenía que pagárselo, porque había trabajado toda la semana y se presentó el lunes 22 a continuar laborando, cuando el notario saliente actuando de mala fe y estando obligado a pasarle una carta escrita diciéndole, que ya no necesitaba sus servicios e indicando la causa, si consideraba que existía pero no lo hizo, ahí está la primera conducta de mala fe del demandado, tampoco certificó el tiempo de servicios

estando obligado el patrono a dar esa certificación, tampoco le pagó los salarios ni prestaciones de los días que estuvo a su servicio, tampoco le pagó la indemnización por despido injusto y tampoco demostró sólo ha hecho la justa causa, ahora respecto de la vigencia del contrato de trabajo no es que la demanda esté acomodando la situación, como lo consigna la sentencia no esa confusión que se presentó, partió de la base de que el demandado no certificó cuando ella le pidió que le certificara, todo el tiempo de servicios contrato, etcétera y como no dio esa certificación acudió a una copia del contrato, que encontró en su archivo de que con todo su archivo y por eso se presentó la demanda, sobre la base de un contrato a término fijo, pero qué dijo el demandado se opuso alegó y en verdad el contrato fue a término indefinido, porque así se incluyó en todas las liquidaciones que se presentaron señor juez, nunca se liquidó como contrato a término fijo y lo que, certificó la Legis es imposible que haya ocurrido, porque el contrato el contrato no se celebró 2 años antes de que Legis hubiera sacado esos formatos al público, que es evidente que hay un error de esa firma emisora de los contratos, pero eso no demuestra que se haya celebrado un contrato 2 años después, eso no es prueba de eso, es un simple error que se presentó y por eso la parte demandante aceptó, que sí efectivamente el contrato fue el que se presentó a término indefinido, que es el que consta en la hoja de vida de la empleada en la notaría y que fue el contrato sobre el cual se liquidó y se pagaron todas las prestaciones. Ahora bien la fecha entre 18 y 19 de mayo se presentó que cómo se hizo la solicitud, de que se prorrogará y la Superintendencia no aceptó la prórroga, ese día se elaboró la liquidación de todos los empleados y por eso se pasó hasta ese día, se pagó por el notario saliente un pago de lo no debido, pues se cumplió una obligación que no existía y si el que por error ha hecho un pago prueba que no lo debía, tiene derecho a solicitar la restitución de lo pagado, el pago es la prestación de lo que se debe y la labor del 19/05/2017 no la debía el notario saliente sino el notario entrante, al pagar lo que no se debe lo que se hizo fue una donación a favor de todos los empleados, porque nunca llegó la prórroga que se había solicitado a la Superintendencia, nunca llegó esa prórroga por eso al final cuando se presentó esa liquidación, el notario todo por aceptarla y no hacer una nueva si no paguemos ese día de más, pero él no estaba obligado a pagarlo y es más si lo pago o no lo pagó con la con la intención o la voluntad, porque el pago es un negocio jurídico con la voluntad de extinguir, las labores o el cargo o la carga, mejor la carga la hora en contra del notario entrante que debía asumir a partir de esa fecha, todas las prestaciones y salarios de los empleados de la notaría, entonces ese hecho de haber hecho la liquidación y pagado él un día más por el notario saliente, no quiere decir que extinga la obligación al notario entrante al notario entrante, de no haber pagado el día 19 y señor juez usted no tuvo en cuenta que el día 20 se presentó la demandante a laborar, que el notario entrante le solicitó que atendiera a una pareja que estaba en la notaría, que entró y él mismo la llamo y le dijo, entonces si no había servicio el notario entrante ha debido decirle a la pareja, qué pena el lunes con mucho gusto y si ella no estaba a su servicio, porque no llamo a su asesora que estaba el sábado en la notaría a decirle a tienda me a estos señores, porque llamó fue a la demandante señor juez, por qué razón porque, reconoció que ella era su empleada y le dio esas órdenes, ahí no queda más duda de ese hecho, entonces esos hechos se prueban con las extra juicio, si el demandado no discutió y aceptó en donde ellos claramente le ponen esa situación, entonces sí estuvo la demandante los días 19,20,21 y 22 a disposición del notario entrante, porque no se puede ocultar y no sé por qué al señor juez el paso analizar lo sucedido el día 20 de mayo, por esta razón el notario demandado deben pagar no sólo la indemnización que se debe liquidar como contrato a término indefinido, sino también como los días que estuvo a disposición de él y no es cierto que el señor se hubiera enterado, el día en que fue a recibir la notaría que la señora fuera esposa o no del notario, eso no tiene nada que ver es una situación que usted mismo la calificó no tiene nada que ver, pero era la única forma que ellos tenían de defenderse, a él se le mandó la nómina un mes antes de que fuera la notaría, en donde estaba toda la relación de empleados y a él un colega el notario de Fontibón le dijo muy clarito, que ella era la esposa del notario y él sí sabía ese hecho y quiere venir a decir que fue que los sorprendimos ese día, resulta que el señor notario entrante estaba convencido, que la notaría se la iban a entregar con la cédula y el notario tiene que pagar todo el montaje de la instalación y el goodwill de la notaría, eso no se entrega con la cédula como se hace en los estrados judiciales, que un juez cambia de una figura a otra y le van entregando el juzgado con una simple relación de procesos, no en la notaría hay que pagar el costo de lo que significan todos los emolumentos, que hay allí porque el notario hizo esa inversión a su vez cuando recibió el negocio y el señor que había acordado con el notario, el pago se echó para atrás y tampoco dio cumplimiento y por eso se presentó todo el traumatismo en la entrega de la notaría, porque el señor quería quedarse con todos los bienes y el 19 de mayo el 19 de mayo se presentó ese problemita, que no que nos querían sacar los muebles que el señor no quería sacar nada, hasta que

Por su parte, el apoderado de la parte demandada solicita que se revoquen las condenas impuestas en la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce en primera medida, que debe tenerse en cuenta la conducta de mala fe de la parte demandante, quien refiere la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, que fue entregado por el notario saliente al notario entrante, y que como se acreditó dentro del proceso tal documento no corresponde a la realidad en cuanto fue suscrito en una fecha anterior a aquella en que se imprimió la minuta en que se elaboró, lo que es prueba de su mala fe.

Señaló que el juez de primera instancia en su decisión definió que la demandante prestaba servicios a la notaria 63 y que dicha prestación del servicio se extendió hasta el día 19 de mayo de 2017, que el juez no tuvo en cuenta que la prestación del servicio de la actora hasta esa fecha se dio por las gestiones y labores que se desarrollaban en virtud de la entrega de la notaria y por ello no puede condenarse al pago de una indemnización por despido, pues no existió prestación del servicio en favor del demandado e incluso el notario saliente liquidó el contrato de la demandante hasta el 19 de mayo de 2017. Agregó, que para el juez dicha liquidación del contrato no se equipara a la terminación del contrato, que éste continuó vigente y por ello, condena al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato a cargo de su representado, decisión que no resulta congruente, refirió que las normas laborales

yo le dije entonces venga y personalmente, el notario saliente va ahí empieza a coger los tomos del protocolo y los deja afuera de la estantería y se sacan toda la estantería, finalmente terminó reconociendo algunos dineros por esa estantería que él no quería que le reconocieran y otros valores productos de la notaría, que no tiene nada que ver con el proceso, pero que da la circunstancia de que el señor ha planteado aquí que no son ciertas, se están alegando en este proceso, entonces para concluir él debe pagar no sólo la indemnización por despido injusto, sino que también debe incluirse los salarios de los días 19,20,21 y 22, que adeudo igual con la indemnización moratoria, igual con las prestaciones, igual con las cesantías y todas los demás emolumentos, que dimana de haber recibido una prestación del servicio de una empleada, que estuvo bajo sus órdenes por esos días, a estos limitó por ahora y me y me reservo el derecho de ampliarlo dentro de los 3 días, que me da la ley los temas de la apelación muchas gracias.”

indican de manera clara que cuando se liquida un contrato por sustitución patronal lo único que se liquida es las cesantías, y ello no ocurre en este asunto, donde las partes eran tan conscientes de la terminación del contrato de trabajo que se liquidaron la totalidad de las prestaciones, que incluso se aclara que es la liquidación final del contrato de trabajo. Finalmente, aduce que la decisión no se ajusta a la realidad pues se condena a su representado al pago de una indemnización por despido, respecto de una relación en la que no tuvo ninguna intervención, pues la demandante nunca prestó servicios en favor del demandado².

² *“Bueno señor juez muchas gracias procederé entonces a interponer el recurso de apelación que con sustento en el artículo 66 a del código de procedimiento laboral, dijo expresa y directamente en contra de los numerales primero, segundo, tercero y quinto de su sentencia, la sentencia proferida en primera instancia, respecto de la declaratoria de una sustitución patronal o empresarial, entre el señor Cristóbal Álzate y el señor Orlando Muñoz, respecto del contrato de trabajo, por supuesto contrato de trabajo ejecutado por la hoy demandante, igualmente respecto de la condena que se impone a mi representado, de pagar una indemnización por terminación del contrato de trabajo y lógicamente por el hecho de imponerse una condena en costas a mi representado, pues procedo entonces a sustentar, debidamente y en esta única oportunidad procesal, el recurso de apelación en los siguientes términos lo primero señor juez, que debo resaltar y para conocimiento de los honorables magistrados del Tribunal superior de distrito judicial de Bogotá, es la evidente mala fe con la que siempre se ha actuado, por partes o por la parte demandante y de su apoderado o el presente en esta diligencia, situaciones que incluso han quedado claramente evidenciadas en la sentencia en la parte considerativa de la sentencia, por parte del señor juez que aunque dispuso y se abstuvo de compulsar copias, siendo absolutamente consciente de las actuaciones por lo menos, que atentan contra el deber disciplinario en las que incurrió el señor Cristóbal Alaste, dejó en libertad e incluso conminó al señor Orlando Muñoz a iniciar las acciones pertinentes y eso y eso abro un paréntesis y le agradezco al señor Cristóbal de pronto si puedes silenciar su micrófono, para evitar interrupciones muchas gracias espero que apenas ya las silencie muy amable señor juez entonces continuó el mismo despacho de primera instancia encontró absolutamente probadas estas actuaciones, absolutamente irregulares y que dan crédito a la excepción de mérito, que se presentó en la contestación de la demanda denominada mala fe de la parte demandante, llama la atención cómo el señor juez encontró probados esos elementos, que el mismo juez rechazó pero a pesar de ello reiteró la solicitud, señores si me disculpa si puedes silenciar el micrófono, del doctor Cristóbal muchas gracias, pero a pesar de ello y a pesar de eso voy a ver entonces para los que apenas doctor Cristóbal por favor entonces mantener el micrófono en silencio igual aquí estoy pendiente de desactivarlo para lo que espera continúe no se preocupe señor juez tranquilo venía diciendo entonces que el mismo juez en la parte considerativa de la sentencia, enlistó enumeró actuaciones por lo menos irregulares, para no dar ningún otro tipo de calificativos, respecto de las actuaciones ejecutadas por parte del señor Cristóbal álzate y de quien claro está ya dentro del proceso, de su cliente esposa y anterior o cónyuge mejor y anterior trabajadora y nótese en la desfachatez si se me permite la expresión y con el mayor de los respetos, pero creo que en este escenario ya no se admite ningún otro término, de la parte demandante en cuanto a insistir en la legalidad de presuntos contratos de trabajo, entregados a la parte demandada, cuando señor juez resulta absolutamente imposible, que mi representado hubiese adquirido encontrado o elaborado siquiera cualquier otro tipo de contrato de trabajo por sus propios medios, naturalmente el señor Cristóbal álzate, presenta un tipo de contrato o un formato de contrato no solamente a mi representado, el señor Orlando Muñoz sino que tal o dicho contrato, incluso fue extendido a la Superintendencia de Notariado y registro dentro del proceso de entrega de la notaría, dentro del proceso como usted mismo lo quiso advertir señor juez o bien lo advirtió, se quiso cambiar descaradamente la versión respecto de la entrega de los contratos, para*

finalmente intentar subsanar por parte de la demandante en el interrogatorio de parte de la situación, diciendo que únicamente se había presentado una confusión, más allá de las resultas del proceso y con independencia y dejo esto claro con independencia de la decisión que se tomó respecto de tener el contrato de trabajo, como un contrato de trabajo suscrito con el señor Cristóbal álzate a término fijo y al margen de esa decisión, no puedo dejar de significar en este despacho, respecto de mejor para conocimiento del Tribunal Superior y Adicionalmente, para conocimiento de las autoridades competentes que llegarán a conocer de cualquier acción disciplinaria o incluso penal, que iniciar es el señor Orlando Muñoz y que lógicamente no hace parte de esta discusión, el hecho de la por lo menos irregularidad pero con alcances de fraude procesal, en el que se incurrió en el trámite de este proceso, indicó presunto fraude procesal, porque se quiso inducir al error a las partes y a la jurisdicción laboral, en este caso al juzgado 37 laboral, al haber presentado documentación a todas luces, irregular a todas luces alejada de la realidad, lo cual no solamente se ratifica argumentativamente como lo hizo la parte demandante, al defender sus pretensiones sino que se demuestra contundentemente, con las pruebas aportadas al proceso prueba documental que el mismo señor juez, refirió donde indicó que la misma empresa que imprime y expiden los contratos, certificó la imposibilidad temporal y haberse firmado un contrato posterior porque fue impreso en el año 2012 y el mismo casualmente resultó con una fecha anterior a su expedición, entonces pues debo llamar la atención sobre este hecho y es que está absolutamente probada la mala fe, como excepción planteada dentro del proceso y que entrará a reforzar los demás argumentos que a continuación desarrollare, como sustento de esa apelación por favor doctor para que nos entregue entonces el interés jurídico que se ocupa, bien pues señor juez le agradezco su manifestación, con respeto le digo que estoy sustentando en recurso, en lo que usted se pronunció en la parte considerativa de la sentencia y respecto de la solución y en ese sentido, debo cerrar este primer acápite señor juez reiterando que la mala fe con la que ha actuado hasta el día de hoy, la parte demandante y su apoderado, debieron haber sido consideradas dentro del proceso en su sentencia, para efectos de tener por probada esa excepción y en esa vía, entrar a estudiar las demás pretensiones de la demanda y esa mala fe en la cual, se estructuró desde el inicio este proceso trajeron como consecuencia, que se llegara a manifestar que la señora demandante, hubiese prestado servicios a favor de mi representado esa misma mala fe indicó o quiso estructurar, la tesis de que mi representado de debería y hoy debe por razón de la sentencia que usted prefirió señor juez, pagar una indemnización por un contrato del cual nunca se benefició, por un servicio del cual nunca fue beneficiario, en tal sentido señor juez debe tenerse en cuenta los siguientes, usted acreditó dentro del presente proceso, que la prestación o supuesta prestación del servicio de parte de la Señora Nancy, se vio a favor de la notaría y en este caso de la notaría 63 hasta el día 19/05/2017 y hasta esa fecha estructuró la o partir de esa fecha mejor estructuró, la decisión de terminación del contrato de imposición de las de la indemnización, pero desconoció el señor juez el material probatorio, existente en el proceso y específicamente la comunicación, que tanto el señor Orlando Muñoz Neira, como el señor Cristóbal álzate Hernández, dirigieron a la superintendente delegada para el Notariado doctora María Emma Orozco, que claramente indicaba que los 2 notarios, el notario saliente y en otras notario entrante, solicitaban y manifestaban mejor que la entrega de una notaría, se haría o se prorrogaría hasta el día siguiente, es decir hasta el día 19 sobre esta base señor juez y señores magistrados, es que se tiene que todas las actividades que se pudieron haber realizado, como en efecto el señor juez al margen de la estructuración de la fecha, pero como en efecto el señor juez no indicó, se dieron única y exclusivamente por vía del proceso de entrega, que se estaba haciendo en la notaría tanto del señor notario saliente, como de su esposa razón por la cual no puede decirse, que se prestó ningún servicio pero tampoco, puede decirse que mi representado es el obligado a pagar la indemnización que se causó, supuestamente con base en esa fecha, no teso señor juez, que usted mismo lo manifestó y está la parte demandado siempre ha sido congruente y consciente, de las eventuales obligaciones y usted mismo lo manifestó el señor juez y lo citó, que el señor Orlando indicó que solamente reconocería cualquier tipo de obligación a partir de la fecha 20 de mayo del 2017, siendo consciente desde ese mismo momento en el que se ocurrieron los hechos, que con anterioridad no se había prestado ningún servicio, inclusive el día 19/05/2017. Ahora bien siendo claro el argumento de que no se prestó ningún servicio, ni siquiera a favor de mi representado ni siquiera con fecha 19 de mayo, debe observarse entonces la liquidación que obra a Folio, entre otros 400 del expediente digital que se compartió a las partes para efectos de estas audiencias, donde si bien el señor juez acredita que una liquidación, paradójicamente indica que esa liquidación no puede tenerse, como base de una terminación de un contrato de trabajo y básicamente fue esa la argumentación, que tuvo en cuenta o el Pilar de la condena de la indemnización, porque igualmente dijo el señor juez en primera instancia, que no había quedado

acreditado probado ningún servicio a favor de la parte demandante y demandada perdón, razón por la cual entonces se tomó como fecha el 19 de mayo de 2017, fecha de la liquidación que obra en el expediente, en donde el señor Cristóbal álzate Hernández, refiere el pago de todas y cada una de las prestaciones sociales, pero en este es absolutamente importante traer a colación, un argumento que el mismo señor juez mencionó, en su sentencia en primera instancia y es no puede dejarse de lado la normatividad laboral, que rige esta discusión y que complementa y nutre las discusiones, emanadas del derecho notarial y en ese sentido entonces debe preguntarse, a la luz de la legislación laboral qué se entiende por una liquidación del contrato o mejor cuando, se debe hacer una liquidación del contrato y es que señor juez, en Colombia y señores magistrados en Colombia las leyes sustanciales, en materia laboral específicamente son de obligado obligatorio cumplimiento y no admiten mayor interpretación, que la que la misma norma en su literalidad cuando es clara, refiere y en este caso las normas laborales son absolutamente claras, en indicar cuándo procede una liquidación del contrato y debe tenerse en cuenta los siguientes, natural y lógicamente la primera forma o la primera escenario en el cual se liquida un contrato de trabajo, es cuando el mismo se termina, otra posibilidad por ejemplo es cuando hay un régimen un cambio en el régimen de cesantías, que en este caso no nos aplica, otra posibilidad expresamente dispuesto por la norma, es cuando hay un cambio de salario nominal o salario ordinario, salario integral, que no es este el caso y otra es la que efectivamente, se trajo a colación no se quiso traer a colación en este caso, cuando se presenta una sustitución patronal, pero reiteró cada una de estas posibilidades traen consigo unas requisitos indispensables y fue un hecho, que se dejó se puso de presente en los alegatos de conclusión y que lamentablemente el señor juez, no observó y es que la norma que refiere la liquidación por sustitución patronal única y exclusivamente refiere o exige o impone o avala la liquidación, de las cesantías de ningún otro rubro señor juez, razón por la cual reiteró si lo que en su momento, se quiso haber hecho no se quiso hacer fue una sustitución patronal, debió haberse dado crédito a lo establecido en la norma sustantiva laboral y hacer la liquidación, en los términos en que dicha norma lo requiere, pero eso no fue así señor juez, las partes y en ese caso empleador el señor Cristóbal álzate y trabajadora en ese caso Nancy Yaneth Mora, fueron conscientes de la terminación del contrato de trabajo que se estaba ejecutando, en ese momento al punto de que liquidaron absolutamente todas y cada una de las prestaciones sociales, incluso reiteró en esa misma liquidación, se expresa que se liquida como producto de la liquidación final del contrato de trabajo, ojo reiteró resaltó liquidación final de la liquidación del contrato de trabajo, no puede darse crédito por esa mala fe, que se ha resaltado dentro de lo largo del proceso a la anotación, que se puso en la liquidación respecto de la sustitución patronal por nuevo contrato, pues señor juez es absolutamente claro que lo que se está buscando en ese momento tanto, por la trabajadora hoy demandante como por entonces su empleador esposo y abogado, era buscar un beneficio económico absolutamente injustificado y como se predicó la contestación de la demanda, generando un enriquecimiento sin causa, porque nótese que aquí se estaba reconociendo la terminación del contrato, pero para efectos de generar ese beneficio económico injustificado, simplemente se incluyó el término por efectos de sustitución patronal, pero ni siquiera esa era la intención de las partes reiteró, por qué porque se liquidó absolutamente todo el contrato, entonces ese argumento que el señor juez nos trae a colación para sustentar su sentencia, en cuanto a que las normas del derecho laboral tienen que prevalecer, pues son las mismas en señores magistrados que se deben tener en cuenta, para dejar sin efectos el argumento sobre el cual se estructuró la condena por la indemnización, por qué porque el contrato de trabajo fue terminado unilateral y de manera directa, por el anterior empleador sin que se hubiese presentado ninguna sustitución patronal, como en efecto se concluyó en las sentencias, en ese sentido debo decir que resulta absolutamente paradójico y absolutamente injustificado, pero más imposible que un nuevo empleador o mejor corrido, no un empleador que un nuevo notario, quien nunca se benefició de un trabajo una prestación personal del servicio de la hoy demandante, quien nunca firmó un contrato, quien nunca hizo parte de ese proceso de sustitución patronal supuesto, se vea obligado a pagar una indemnización, por la cuantiosa suma que finalmente se impuso la condena y es que Note señor juez que hoy, usted está obligando a pagar esa condena, al señor Orlando Muñoz en su condición de persona natural, porque es que ni siquiera ya funge como notario de la notaría 63, hecho que es absolutamente gravoso y que se sale de toda lógica, de la estructura laboral porque es que usted mismo dijo señor juez, que las obligaciones en este caso no pueden ser adquiridas por parte del notario, en su calidad de persona natural pero a pesar de eso, hoy usted está condenando en su calidad de persona natural, al señor Orlando Muñoz a pagar una indemnización reiteró, frente a un contrato del cual jamás de beneficio y en ese sentido, traigo a colación lo mencionado en las diferentes instrucciones, que usted mismo

señor juez ratificó de la Superintendencia de Notariado y registro, donde en gracia de discusión sino que se quiso hacer ver era una sustitución patronal, ese mismas instrucciones imponían como obligación, el paz y salvo de todas y cada una de las obligaciones laborales a cargo del anterior empleador y dentro de esas pues lógicamente debe incluirse el pago de la indemnización, que sea causado por el tiempo de servicios prestados a favor de ese anterior empleador reiteró porque es que resulta absolutamente ilógico y desproporcionado que el nuevo empleador bien como usted mismo señor juez lo definió en la sentencia en los argumentos no recibió y no fue beneficiario de ningún servicio por parte del trabajador o el de la hoy demandante que a pesar de no de haberse acreditado y haberse declarado que no se prestó servicios a favor a favor del señor Orlando Muñoz Neira hoy se le esté condenando al pago de 21 millones de pesos por una indemnización de un contrato de trabajo en el cual jamás hizo paro es su señor juez se sale de toda lógica con el debido respeto y de todo análisis con el debido respeto de la norma sustancial laboral y así lo deberán acreditar los señores magistrados en segunda instancia en ese sentido pasó entonces finalmente a pronunciarme respecto de la sustitución patronal donde señor juez usted mismo acreditó que se exige para la sustitución patronal la prestación personal del servicio y la continuidad de la prestación personal del servicio a favor de es entre comillas nuevo empleador y dentro del marco del mismo contrato en este caso quedó absolutamente claro y no existe duda de la inexistencia de prestación de servicios de la parte demandante a favor del señor Orlando Muñoz Neil quiso decir el señor juez que el notario entrante señor Orlando Muñoz reconoció una obligación laboral por el hecho de haber sentado haberse sentado a negociar en su momento con la señora Nancy Mora pero señor juez y eso no puede detenerse como una estructuración de una sustitución patronal ni puede tenerse como el reconocimiento de ninguna manera de una relación laboral en tal sentido no encuentra ningún argumento sustancial la imposición de la condena que finalmente se impuso no encuentra ningún argumento sustancial la declaratoria de la sustitución patronal o empresarial no te señor juez que en este caso se está imponiendo una supuesta sustitución patronal por el paradójico hecho de no haberse liquidado la indemnización por quien en su momento debió haberlo hecho que pues el señor Cristóbal Álzate reconociendo que el contrato se había terminado en ese sentido desafortunadamente se mezclan las normas sus transitivas laborales se genera confusión al analizar las normas o los o los instructivos o las instrucciones de parte de la Superintendencia de Notariado y registro y se desatiende completamente la prueba testimonial que se trajo al proceso y específicamente la prueba o el testimonio de la señora Marta y Nancy mesa Marta Acevedo y Nancy Cristina mesa quienes manifestaron la primera de ellas Marta se ve que nunca se prestó ningún servicio por parte de la señora Nancy Yaneth Mora, que fue ella incluso la señora Martha Acevedo quien asumió la posición de asesora jurídica del señor Orlando Muñoz Neira, desde el inicio mismo de El proceso de entrega, es decir desde fechas antes y días antes incluso, de que se generaran los efectos fiscales, como notario sí se atendió también el argumento la argumentación la ilustración mejor de la señora Nancy Cristina mesa, en cuanto a que la obligación del notario saliente, era dejar a paz y salvo por todo concepto a la notaría, porque reitero es absolutamente lógico que no pueden desatenderse o mejor generarse ninguna obligación económica residual, de en cabeza del nuevo notario como lo sería el nuevo empleador, es el nuevo empleador no podría llegar a asumir y no debes no tiene por qué, asumir una carga económica adicional, cómo es la es lo es la indemnización por terminación del contrato y en este caso utilizo, el término nuevo empleador no repitiéndome al señor Orlando Muñoz Neira, sino en el efecto o en el supuesto o en la hipótesis, que no es este el caso de haberse presentado una sustitución patronal, finalmente debo recordar y cerrar esta argumentación, con los argumentos expuestos en la sentencia ampliamente conocida de fecha 23 de agosto del año 2016, magistrada ponente Dolly Amparo Caguasango Villota, donde al analizar un caso absolutamente similar al que hoy se debate, se concluyó que si no hay prestación personal del servicio, no puede haber sustitución patronal con respeto, lo hago ver y a los señores magistrados en segunda instancia se los reitero, fue errada la apreciación o mejor fue correcta, la apreciación del señor juez de primera instancia, al concluir que no hubo prestación de servicios, con posterioridad al 19 de mayo del año 2017, pero fue errada la conclusión al imponer una condena, por cuanto esa misma falta de prestación del servicio, es sobre la cual se soporta la improcedencia de declaratoria de la sustitución patronal, el mismo juez lo señaló el mismo juez refirió a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, donde dijo que el elemento prestación personal del servicio es Pilar fundamental, para la sustitución patronal y que si no existe ese elemento, como en efecto no existió en este caso, no es procedente la declaratoria de una sustitución patronal, así señor juez con base en estos argumentos y excusándome por el tiempo tomado, pero creo necesario dejo sustentado del recurso de apelación, ratificando mi inconformidad por la imposición de las

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante presentó alegaciones para solicitar que se ordene el pago de los salarios y prestaciones dejadas de cancelar y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandada solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación interpuestos.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en definir si en el caso bajo estudio operó la sustitución de empleador que se aduce en la demanda y en dado caso establecer si es procedente ordenar el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones correspondientes.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: *i)* entre la demandante y CRISTOBAL ALZATE HERNANDEZ, quien fungía como Notario 63 de Bogotá, existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 1° de julio de 2010, que se prorrogó de forma

condenas, en cuanto se declaró la sustitución patronal, en cuanto se impuso una condena económica a mi representada y le solicito a los señores magistrados, procedan a revocar absolutamente esas condenas y en su lugar absolver de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, al señor Orlando Muñoz Neira muchas gracias señor juez.”

sucesiva hasta el 19 de mayo de 2017, fecha en que dicho empleador liquidó el contrato por cambio de notario (fls. 27 y 408); **ii)** que el último salario devengado por la demandante fue la suma de \$15.000.0000 (fl. 408).

- **Sobre la sustitución de empleadores**

Previo a resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, resulta pertinente indicar que los notarios son particulares que colaboran con la administración pública bajo la figura de la descentralización por colaboración (Sentencias C-1212 de 2001; C-1508 de 2000 y C-741 de 1998). Tratándose de los empleados de una notaría, los artículos 3° y 4° de la Ley 29 de 1973 y el artículo 118 del Decreto 2148 de 1983, facultan a los notarios para crear, bajo su responsabilidad, los empleos que consideren necesarios para una prestación eficaz del servicio, siendo de su cargo el pago de los salarios, acreencias laborales y afiliaciones al sistema de seguridad social integral.

Por ello, los empleados de las notarías son particulares y los notarios son sus empleadores, no en su calidad de personas naturales, sino de particulares investidos de la autoridad requerida para el ejercicio de la función fedante (Sentencia T-927 de 2010), pues no son contratados para la prestación de un servicio personal de quien funge como notario sino para la realización de tareas que componen la función notarial, por lo tanto, el régimen laboral que les es aplicable es el consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo.

Precisado lo anterior, el artículo 67 del CST establece lo siguiente sobre la sustitución de empleadores: *“Se entiende por sustitución de empleadores todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones*

esenciales en el giro de sus actividades o negocios.” De ello se deduce que para que opere esta figura deben concurrir los tres elementos fundamentales que plantea la norma, a saber, un cambio de empleador, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador.

Sobre el particular la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que para la procedencia de la sustitución de empleadores prevista en el artículo 67 del CST, es necesaria la concurrencia de estos tres elementos: **i)** el cambio del empleador; **ii)** la permanencia de la empresa; **iii)** y la continuidad del contrato de trabajo o prestación del servicio por parte del trabajador. También ha dicho la Corte sobre la materia, que para estos casos, primero debe acreditarse la existencia de continuidad en la prestación del servicio por parte del trabajador subordinado, en el entendido que no puede haber sustitución si no hay un vínculo jurídico con el nuevo propietario de la empresa y, que de todas formas, la sustitución patronal no anula la facultad de los anteriores o nuevos empleadores de terminar los contratos de trabajo. (Sentencia SL-5503-2021, SL4869-2021, SL1751-2021).

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos normativos y jurisprudenciales, pasa la Sala a determinar si en el caso bajo estudio, operó la sustitución de empleadores entre el notario 63 del círculo de Bogotá saliente, CRISTOBAL ALZATE HERNANDEZ y el notario entrante ORLANDO MUÑOZ NEIRA, respecto de la demandante NANCY YANETH MORA ROJAS.

Sobre los elementos referidos en precedencia, la Sala encuentra probada la concurrencia de los dos primeros, es decir, que en la Notaría 63 del Circulo de Bogotá se presentó un cambio de notario, pues mediante Decreto N° 1788 del 10 de noviembre de 2016 (Fl. 29), se dispuso el retiro del servicio de CRISTOBAL ALZATE HERNANDEZ como notario 63, y mediante Decreto N° 268

del 14 de febrero de 2017 (Fl. 31), se nombró en propiedad a ORLANDO MUÑOZ NEIRA Notario 63 del Circulo de Bogotá.

Ahora bien, sobre el tercer elemento, la Sala concluye que no se dio, pues no está acreditada la continuidad del contrato de trabajo de la demandante, y menos, la prestación del servicio en favor del notario entrante para establecer la existencia de la sustitución de empleadores.

En efecto, a folio 408 del expediente obra copia de la liquidación del contrato de trabajo que la actora tenía con su empleador CRISTOBAL ALZATE HERNANDEZ, documento que refiere de manera clara como fecha de retiro de la trabajadora el día 19 de mayo de 2017, y allí se liquida la totalidad de los salarios y prestaciones causadas por NANCY YANETH MORA ROJAS, por el vínculo laboral que existía con CRISTOBAL ALZATE HERNANDEZ.

En gracia de discusión, si se entendiera que el contrato de la demandante se encontraba vigente en el momento que ORLANDO MUÑOZ NEIRA asumió el cargo de Notario 63 del Circulo de Bogotá, lo cierto es que tampoco podría entenderse ocurrida la sustitución de empleador aludida, pues no existió prestación del servicio de la actora en favor de este notario. El extremo temporal final del contrato de trabajo suscrito con CRISTOBAL ALZATE HERNANDEZ, fue el 19 de mayo de 2017, y las pruebas del expediente no dan cuenta de manera inequívoca y clara que hubiera existido prestación personal del servicio en favor del demandado con posterioridad a esta fecha. Luego, al no estar acreditados los tres elementos definidos por la ley y la jurisprudencia para este tipo de situaciones, no podía declararse la sustitución de empleadores entre el Notario 63 del Circulo de Bogotá saliente y el entrante, respecto del vínculo laboral de NANCY YANETH MORA ROJAS.

Obra dentro del expediente el testimonio de MARTHA ISABEL ACEVEDO PRADA (Cd. 2, audio 1 hora 01:14:58), quien manifestó haber estado presente en la diligencia de entrega de la notaría por ser la persona que el notario entrante designó como su asesora jurídica, refirió que la diligencia de entrega de la notaría debía haber iniciado desde el día 11 de mayo de 2017, fecha en que iniciaba el acompañamiento correspondiente por parte de funcionarios de la Superintendencia de Notariado y Registro, que la diligencia no pudo llevarse a cabo ese día por cuanto el notario saliente no tenía nada preparado ni había realizado los inventarios de entrega correspondientes; por tal razón, la entrega inició el día 12 de mayo de 2017, y se extendió por más de 15 días cuando lo normal es que esto ocurra en 2 o 3 días. Señaló que en los días de entrega de la notaría y posteriores la demandante no prestó servicios en la notaría, pues el equipo del notario saliente no colaboro en la entrega y empalme, que tampoco trabajó con posterioridad ni un solo día para ORLANDO MUÑOZ NEIRA y no recibió la capacitación realizada que trataba sobre el nuevo sistema que se iba manejar en la notaría.

OSCAR ORTIZ (Cd. 2, audio 1, hora 01:59:34), al efecto manifestó haber estado presente en los días que se efectuó la entrega de la notaría porque ejercería como director administrativo del nuevo notario, que durante el tiempo de entrega no vio a la demandante prestando servicios, que en un par de ocasiones antes de que iniciara el proceso de entrega la vio trabajando en la notaria pero durante la entrega y con posterioridad, la vio en algunos momentos pero no trabajando, que cuando finalizó el proceso de entrega la demandante tampoco estuvo laborando con ellos.

Por su parte NANCY CRISTINA MESA ARANGO (Cd. 2, audio 1, hora 02:20:13), quien manifestó ser directora de administración notarial de la Superintendencia de Notariado y Registro, dijo no constarle ninguna situación relacionada con la relación laboral de

la demandante, pero manifestó que por su calidad de funcionaria de la Superintendencia de Notariado y Registro sabe que en casos en que se da un cambio de notario, el notario saliente debe liquidar a todos sus trabajadores y entregar al notario entrante todas las obligaciones laborales al día y sin novedades. Señaló que en las actas de entrega queda establecida la fecha a partir de la cual el nuevo notario inicia funciones.

También se aportaron al expediente declaraciones extraproceso rendidas por DORA CONSTANZA RAMIREZ RINCON (fl. 52), y MAGDA EDILMA ALVAREZ CUJABANTE (fl. 54), quienes señalaron que el día 20 de mayo de 2017, estuvieron en la capacitación que el nuevo Notario 63, ORLANDO MUÑOZ dio a los funcionarios respecto del sistema SIGNO desde las 10:00 am hasta la 1:00 pm, y les consta que la demandante estuvo presente. Agregaron a dicha declaración que el 22 de mayo de 2017, la demandante se hizo presente en la notaria a las 8:05 am, con el fin de continuar con sus labores pero el señor ORLANDO MUÑOZ le pidió que se retirara porque estaban en horario laboral y le dijo que ella ya no era funcionaria de la notaria.

Obran además las declaraciones extraproceso de ANDRES CALDERON VILLANUEVA (fl. 56) y PEDRO MAURICIO SARMIENTO ZARATE (fl. 57), quienes afirmaron que el día 20 de mayo de 2017 asistieron a la capacitación programada por el nuevo notario 63 ORLANDO MUÑOZ, reunión en la que estuvo presente la demandante y que el día 22 de mayo de 2017 la actora se hizo presente en la notaria y en la tarde se enteraron que el notario entrante la había despedido. Agregaron que saben porque la demandante les comentó, que los días 19 y 20 de mayo de 2017, el notario entrante le pidió que atendiera unas personas y que le solicitó información sobre la notaría.

Así mismo, se aportaron las declaraciones extraproceso de LUZ MARINA LOPEZ SIERRA (fl. 59), MARY LUCERO MUÑOZ MARTINEZ (fl. 6) y GLORIA LENITH QUINTERO ZAPATA (fl. 62), quienes manifestaron haber conocido a la demandante porque era empleada en la Notaria 63 y en varias ocasiones fueron atendidas por ella.

Valoradas en conjunto las pruebas relacionadas, nada diferente concluye la Sala, pues las declaraciones referidas no dan cuenta que NANCY YANETH MORA ROJAS, hubiera prestado servicios en favor de ORLANDO MUÑOZ NEIRA con posterioridad al 19 de mayo de 2017 (fecha que el notario saliente definió como la de retiro), lo único que puede deducirse al efecto es que los días 20 y 22 de mayo de 2017, la demandante estuvo presente en la notaría, pero no es posible deducir que su presencia en dicho lugar hubiera sido para prestar un servicio bajo la subordinación de ORLANDO MUÑOZ.

Si bien, algunas de las personas que rindieron las declaraciones extraproceso aportadas al expediente y referidas con anterioridad, señalaron que vieron a NANCY YANETH MORA en la capacitación realizada el día 20 de mayo de 2017, por el notario entrante para el manejo del sistema SIGNO, lo cierto es que su dicho resulta contradictorio con lo manifestado por la testigo MARTHA ISABEL ACEVEDO PRADA, quien refirió haber estado presente en dicha reunión y constarle que la demandante no había participado de la capacitación, hecho que le resta credibilidad a tales afirmaciones, aunado a que las manifestaciones contenidas en tales declaraciones no pueden tenerse como espontaneas en cuanto fueron presentadas exactamente en los mismos términos, lo que a juicio de la Sala también les resta credibilidad.

Estima el Tribunal sobre este particular aspecto que, aun teniendo como ciertas las declaraciones extraproceso rendidas,

tales manifestaciones no son prueba de la prestación de servicios subordinados de la demandante en favor de ORLANDO MUÑOZ NEIRA, pues los deponentes solo mencionan de manera general haber visto a la demandante en la Notaría 63 los días 20 y 22 de mayo de 2017, pero ninguno refiere de manera específica, cuáles eran las actividades o que labores estaba desempeñando NANCY YANETH MORA en la notaría durante esos días para entenderlas como indicativas de la prestación del servicio, dado que la sola presencia de la demandante en la notaría no puede tenerse como prueba de una efectiva prestación personal del servicio. Tampoco resultan útiles al efecto, las manifestaciones referidas a que el notario entrante manifestó a la demandante el día 22 de mayo de 2017, en el momento que se presentó en la notaría, que debía retirarse porque ya no era funcionaria de dicho lugar, pues tales afirmaciones no confirman la existencia de servicios prestados en su favor, menos aun cuando la liquidación del contrato de trabajo de la demandante realizada por el notario saliente, acredita que la prestación del servicio se dio de manera efectiva hasta el día 19 de mayo de 2017.

Nada diferente puede concluirse de la revisión de la prueba documental aportada, pues al efecto solo obra auto N° 365 del 10 de mayo de 2017, emitido por la Superintendencia de Notariado y Registro (fl. 261), que contiene una orden de visita a la Notaría 63 para la verificación del protocolo de entrega, el acta de la visita realizada a tal notaría y donde se da por terminada la diligencia de entrega, de fecha 18 de mayo de 2017 (fls. 261 vto. a 326), el Decreto 1258 del 15 de abril de 2009, mediante el cual se nombró en propiedad al Notario 63 saliente, CRISTOBAL ALZATE HERNANDEZ (fl. 326 vto. y 327), acta mediante la cual se suspendió la visita realizada en dicha Notaría el día 11 de mayo de 2017 (fl. 328), acta de posesión de ORLANDO MUÑOZ NEIRA (fl. 330), Resolución N° 5121 del 18 de mayo de 2017, emitida por la Superintendencia de Notariado y Registro, mediante la cual se

autoriza la suspensión del servicio en la Notaría 63 los días viernes 19 y sábado 20 de mayo de 2017 (fl. 331).

De los documentos referidos, lo único que puede establecerse es que la entrega de la Notaría 63 finalizó el día 18 de mayo de 2017, y en dicho documento se manifestó que el notario saliente “(...) *se encuentra al día con el pago de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos en virtud de la relación laboral. Hasta el día 18 de mayo e (sic) 2017*” (fl. 267 vto.), en el mismo documento consta que el notario entrante manifestó de manera expresa en el tema de las relaciones laborales, que las personas que ocupaban los cargos de contadora y asesora jurídica, no podían continuar porque él traía profesionales para desempeñar dichos roles (fl. 323 vto.). Además consta que en la Notaría 63 estuvo suspendida la prestación del servicio los días 19 y 20 de mayo de 2017.

De los demás documentos aportados (fls. 332 a 411), no se advierte nada relevante a la controversia, pues no contienen información relacionada con la prestación del servicio de la demandante en favor de ORLANDO MUÑOZ NEIRA.

En consonancia con lo hasta aquí estudiado y siguiendo las reglas de la experiencia, la lógica y la sana crítica, estima la Sala que no es dable concluir que el notario entrante hubiera contraído obligación laboral alguna, respecto de una persona a la cual se le liquidó el contrato de trabajo que regía la relación laboral que tenía con el notario saliente, ni menos aún entender, que fuera el demandado el obligado a realizar el pago de una indemnización por terminación unilateral de un contrato, de una persona a quien precisamente ya se le había realizado una liquidación final de contrato al momento de asumir sus funciones como Notario 63, que además solamente había prestado servicios al notario saliente CRISTOBAL ALZATE HERNANDEZ y que en últimas había sido el único empleador en cuanto no podía operar la sustitución de

empleador frente al contrato de un trabajador que ya había sido liquidado y que no demostró la prestación del servicio.

Independientemente de que el notario saliente hubiera incluido en la liquidación final del contrato que la razón de terminación era la sustitución de empleador por cambio de notario, lo cierto es que la realidad del proceso indica que la demandante no prestó servicios en favor de ORLANDO MUÑOZ NEIRA, luego no podía predicarse tal sustitución respecto de una trabajadora que no continuó ejerciendo funciones en la Notaría 63 y menos aún bajo la subordinación del nuevo notario, luego al no concurrir los tres elementos señalados en la ley y la jurisprudencia no podían surgir obligaciones laborales respecto de la demandante en cabeza del nuevo notario.

No desconoce la Sala que la parte demandante aduce en el proceso que por la instrucción administrativa N° 13 del 7 de septiembre de 2011, emitida Superintendencia de Notariado y Registro (fl. 33), el notario entrante estaba en la obligación de definir la situación de los trabajadores que estaban al servicio del notario anterior porque el cambio de notario no implica, ni lleva implícita la terminación de los contratos de trabajo, no obstante, y pese a lo señalado en tal documento, considera la Sala que siempre será necesario que concurren los elementos que define la ley para que se configure la sustitución de empleador, pues una directriz administrativa, por sí sola, no puede generar obligaciones que no han surgido por falta de cumplimiento de los requisitos legales que causan el derecho.

Así las cosas y por todo lo dicho, a juicio de la Sala no podía declararse la sustitución de empleador respecto de un contrato de trabajo que había sido liquidado, menos aun cuando no se probó de manera suficiente que la demandante hubiera prestado servicios personales y subordinados en favor del demandado, y por ello ante

la falta de este elemento resultaba improcedente tal declaratoria y la consecuente condena al pago de una indemnización por despido sin justa causa, por ello se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se absolverá al demandado de las pretensiones incoadas en su contra, pues éstas dependían de la sustitución de empleador solicitada en el escrito inicial.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

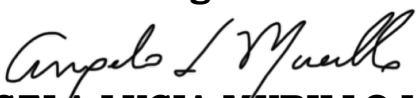
PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar **ABSOLVER** a ORLANDO MUÑOZ NEIRA de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ANGELA LUCIA MURILLO VARON

Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada

(Ausente por incapacidad médica)



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

Radicado N° 39 2019 00527 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes, contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo y se condenó al pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

GUILLERMO MOYANO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de HASSAN SALEH NOFAL en calidad de propietario del establecimiento de comercio RESTAURANTE EL KHALIFA, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 11 de febrero de 2007 y el 28 de febrero de 2019, que como consecuencia de lo anterior se condene al demandado a pagar de manera proporcional los dominicales, auxilio de transporte, cesantías,

intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indemnización moratoria, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, indemnización por despido sin justa causa y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que inició a prestar servicios en el establecimiento de comercio propiedad del demandado el día 11 de febrero de 2007, que cumplía labores de mesero en un horario de once de la mañana a tres de la tarde y de siete de la noche a once de la noche, de martes a domingo; que las labores las ejecutaba bajo la supervisión del demandado y de MARIA CAMARGO, quien era cajera y su jefe inmediato; que entre el 11 de febrero de 2007 y el 15 de marzo de 2015 devengaba como salario la suma de \$40.000 diarios; que durante dicho lapso no le cancelaron prestaciones, horas extras o recargos; que el 2 de mayo de 2015, fue trasladado junto con sus compañeros de trabajo al restaurante KHALIFA, ubicado en la calle 19 con carrera 5, establecimiento que también era propiedad del demandado; que en el nuevo establecimiento cumplía un horario de once de la mañana a cuatro de la tarde, de martes a domingo y festivos y por ello devengaba la suma de \$20.000 diarios; que el 28 de febrero de 2019, el demandado dio por terminado el contrato sin justa causa; y que a la terminación del contrato no se le cancelaron sus derechos laborales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

HASSAN SALEH NOFAL Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos en su totalidad, señaló que el vínculo existente con el actor fue civil y los servicios fueron prestados de manera esporádica, que además suscribió un acuerdo transaccional con el actor sobre los eventuales derechos adeudados. Propuso como excepciones las de transacción, cosa juzgada, compensación, pago, prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido (Pdf. 3, fls. 29 a 35).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 24 de febrero de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo y condenó al pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido entre GUILLERMO MOYANO, por un lado, y HASAN SALEH NOFAL, por el otro, desde el 11 de febrero de 2007 al 12 de febrero de 2015, conforme a la parte motiva de la sentencia. **SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción formulada por el demandado y no probadas las demás. **TERCERO: CONDENAR** al demandado HASAN SALEH NOFAL al pago de los aportes al sistema integral de seguridad social en pensiones a favor de GUILLERMO MOYANO desde el 11 de febrero de 2007 al 12 de febrero de 2015, con un índice de base de cotización de \$1.200.000, ante el fondo de pensiones en que se encuentra afiliado el demandante o el que sea de su elección en caso de no encontrarse afiliado. **CUARTO: CONDENAR** en costas a GUILLERMO MOYANO a favor del demandado, dentro de las cuales se deberán incluir como agencias en derecho la suma de \$300.000”

La Juez definió el problema jurídico en determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes dentro de los extremos planteados en la demanda. Para resolverlo indicó que las pruebas aportadas al expediente acreditan la prestación personal del servicio del actor en favor del demandado por lo menos entre el 11 de febrero de 2007 y el 12 de febrero de 2015, tiempo durante el cual se desempeñó como mesero en el restaurante el KHALIFA. Definió que las pruebas que obran dentro del proceso no acreditan con suficiencia que el actor hubiere prestado servicios en una fecha posterior. Declaró probada la excepción de prescripción respecto de las prestaciones sociales y vacaciones y condenó al pago de los aportes a

pensión causados durante el término de la relación laboral, a través de cálculo actuarial.

III. RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandante pide que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la juez de primera instancia no realizó una valoración probatoria completa respecto del dicho de los testigos, pues aun cuando éstos no trabajaron en el restaurante cuando fue trasladado a la 19 con 4ª, les constaba y señalaron que sabían y vieron al actor en dicho lugar en varias oportunidades. Estima, que la prueba testimonial es suficiente para acreditar que el contrato de trabajo que existió entre las partes se extendió hasta el año 2019, y por ello no resulta pertinente declarar probada la excepción de prescripción, ni la condena en costas que se impuso en su contra.¹

¹ “Su señoría respetuosamente me permito presentar recurso de apelación, frente a la decisión proferida en este momento, al encontrarme en desacuerdo con lo manifestado en el punto 1, 2 y 4 de la sentencia por las siguientes razones. Frente al primer punto, toda vez que se está desconociendo que efectivamente existió un contrato realidad y que este contrato fue sin solución de continuidad hasta el año 2019, febrero fecha en la cual fue despedido mi cliente sin justificación alguna, considero respetuosamente su señoría que no se está conociendo, que no se está estimando de forma adecuada y completa los testimonios presentados por las personas que testificaron, toda vez que si bien es cierto ellos no tiene datos exactos porque no era personas que estuvieran trabajando ahí, todos ellos manifestaron que el señor Guillermo Moyano si trabajó en el local ubicado en la 19 con 4ª, tan así es, que él mismo ayudó en el trasteo porque él era una persona confianza del señor Hassan, el ayuda en el trasteo para poder instalar ese local y después de ello siguió trabajando allí hasta el momento en que fue despedido, esta situación no está siendo estimada ni está siendo reconocida, su señoría, y por ende esta relación no se llevó únicamente hasta el año 2015 y se extendió hasta el año 2019 y permaneció en el tiempo, porque incluso desde el momento del desalojo hasta el momento de la instalación del nuevo local, don Guillermo le siguió colaborando a él para poderlo instalar y esto es simplemente una extensión de este contrato laboral, siguió prestando sus servicios a él, y esta situación no está siendo reconocida y estimada de esta forma por el despacho, razón por la cual yo respetuosamente me opongo al punto 1 de la sentencia. Respecto del segundo punto me opongo también, toda vez que al no ser reconocido que el señor Moyano trabajó hasta el 2019, está surgiendo la prescripción avante cuando realmente ello no es así, no opera la prescripción porque la fecha de finalización de este contrato realidad fue efectivamente el 2019 y esta apoderada presentó la demanda el mismo año, por ende no obra el término de prescripción y este punto de la sentencia respetuosamente lo apelo también su señoría para que sea el órgano competente superior quien decida al respecto. Por último, me opongo también a la condena en costas, toda vez que al haber sido apelados el punto uno y dos de esta sentencia, claramente no le es dable a este despacho emitir esta condena en costas, toda vez que aquí se debe discutir y profundizar y esperemos que sea el superior jerárquico quien logre dilucidar, mediante la escucha de los testimonios presentados que efectivamente aquí si hubo un contrato laboral, que si bien es cierto su señoría usted lo ha reconocido hasta el año 2015, yerra en sus apreciaciones porque no terminó ahí, se extendió hasta el año 2019, razón por la cual me opongo respetuosamente su señoría a la condena en costas. De esta manera me permito terminar aquí mis alegatos de conclusión, muchas gracias su señoría”.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación en cuanto estima, que los aportes a seguridad social deben ordenarse con base en el salario mínimo legal mensual vigente y no con un salario de \$1.200.000, pues los testigos señalaron que estos pagos se realizaban sobre el mínimo².

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la parte demandante presentó alegaciones y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado del demandado solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si entre el demandante y el demandado existió un contrato de trabajo en los solicitados en la demanda, esto es, desde el 11 de febrero de 2007 hasta el 28 de febrero de 2019 y establecer el valor del salario base

² “Interpongo recurso de apelación en cuanto al tercer punto de sus sentencia, por los aportes a seguridad social, teniendo en cuenta que de los testimonios recibidos, en algunos de ellos se podía entender que la cotización era sobre un salario mínimo legal mensual vigente, y no como usted lo está diciendo en \$1.200.000. De resto en toda la sentencia me declaro a satisfacción y aclarando que la apelación la interpongo sobre el tercer punto, por lo antes expuesto”.

sobre el cual deben efectuarse los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** HASAN SALEH NOFAL, fue propietario del establecimiento de comercio RESTAURANTE EL KHALIFA (Pdf. 1, fl. 19); **ii)** que entre las partes existió un contrato de trabajo vigente entre el 11 de febrero de 2007 y el 12 de febrero de 2015 (hecho definido por la juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso).

- Sobre la existencia del contrato de trabajo

Para definir sobre la existencia de la relación laboral que se pide en este proceso, conviene hacer referencia al artículo 53 constitucional que consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral. Por su parte el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*. Más adelante el artículo 23 del mismo estatuto establece como elementos esenciales constitutivos de este contrato, la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y el salario, como una contraprestación directa del servicio prestado.

Una vez reunidos estos tres elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al efecto, el artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una presunción legal, en virtud de la cual toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo. Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. En materia laboral, probada la prestación de un servicio personal (hecho causal de la presunción) se entiende que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir de manera subordinada.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme lo ha reiterado recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019 y SL2608 de 2019, entre otras.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la existencia de un contrato de trabajo únicamente entre el 11 de febrero de 2007 y el 12 de febrero de 2015, pues las pruebas aportadas al expediente no demuestran de manera clara que el actor hubiere prestados servicios al demandado con posterioridad a esta fecha y mucho menos hasta el año 2019, como lo aduce la recurrente.

Para llegar a la anterior conclusión, se advierte que las únicas pruebas que se encuentran al efecto, son las declaraciones rendidas por LUIS ANTONIO SUAREZ FORERO (audio 1, min. 47:32), ALBEIRO MOSQUERA HERNANDEZ (audio 1, hora 01:18:54) y BERTHA IDALI MEDINA (audio 1, hora 01:38:20).

El primero de los citados manifestó conocer al demandante aproximadamente desde el año 2007, cuando trabajaban en el restaurante KHALIFA, propiedad del demandado, señaló que el actor inicialmente trabajaba solo en los eventos que había en el restaurante pero después ingresó a trabajar como mesero extra, que a él le consta que el demandante trabajaba allá porque era mesero fijo y lo veía siempre. Afirmó que el demandante iba todos los días, que trabajaba de once de la mañana a tres de la tarde y de siete de la noche hasta el cierre que podía ser a las 10 u 11 de la noche, que el pago de los meseros extra como el actor era \$40.000 diarios, que debía asistir todos los días y si faltaba no le pagaban. Agregó que el trabajó en el restaurante hasta inicios del año 2013, pero por el contacto que mantuvo con sus compañeros de trabajo sabe que el restaurante que estaba ubicado en la calle 88 con carrera 11 lo cerraron en el año 2015 y abrieron uno nuevo en la calle 19, que sabe que el demandante también trabajó en ese restaurante porque trabajaba cerca y cuando pasaba por ahí lo veía, pero dijo no constarle durante cuanto tiempo estuvo el actor en dicho restaurante.

El segundo de los testigos referidos afirmó haber trabajado al servicio del demandado en el restaurante el KHALIFA como cocinero, que trabajó en dicho lugar en el 2012, por aproximadamente 5 meses y luego en el 2013 por 3 meses. Señaló que cuando entró a trabajar al restaurante el demandante ya trabajaba ahí como mesero, que iba toda la semana y un domingo de por medio, que sabe que al actor le pagaban diario \$40.000, porque ganaban igual, que no sabe desde que año trabajaba el actor ahí pero que cree que estuvo al servicio del demandado hasta el año 2019, pues conocía que el restaurante lo habían trasladado a la calle 19 y como él trabajaba cerca de ese lugar lo veía ahí más o menos desde el año 2018, que fue cuando trasladaron el restaurante, que además todo ello le consta porque mantuvo contacto con el actor y con otros compañeros del KHALIFA.

Por su parte, la tercera de las personas referidas, señaló que trabajaba en la calle 93 con 11 y que diariamente a eso del medio día pasaba por el frente del restaurante el KHALIFA y ahí veía siempre al demandante, que lo vio en ese lugar desempeñándose como mesero desde el año 2007, que no recuerda cuando fue la última vez que lo vio ahí porque un día pasó y ya habían quitado el restaurante.

De las anteriores declaraciones, que constituyen la única prueba aportada para resolver la controversia planteada, lo único que puede extraer la Sala de manera clara es que el actor trabajó en el restaurante propiedad del demandado, por lo menos, desde el año 2007 hasta el año 2015, como mesero. De estos dichos no es posible establecer que el contrato de trabajo se hubiere extendido por un lapso superior, pues nada relevante manifestaron sobre el particular las personas referenciadas.

A juicio de la Sala, resultan insuficientes las manifestaciones de los testigos para entender probada una prestación personal del servicio hasta el año 2019, pues a ninguno de ellos le consta de manera directa que GUILLERMO MOYANO, hubiera continuado prestando servicios al demandado, al efecto solo manifestaron LUIS ANTONIO SUAREZ FORERO y ALBEIRO MOSQUERA HERNANDEZ que para el momento en que cerraron el restaurante que estaba ubicado en la calle 88 con 11, ellos ya no trabajaban ahí, y que sabían que el establecimiento lo habían trasladado para la calle 19 y que por trabajar cerca, al pasar veían al actor en el nuevo restaurante. Para el Tribunal, estas afirmaciones no son suficientes para establecer la existencia de la relación laboral hasta la fecha que aduce la recurrente, en cuanto de ellas no se puede determinar, si lo veían porque efectivamente prestaba servicios ahí, la periodicidad en que ello ocurría o las funciones que podía haber desempeñado y mucho menos hasta que momento fue visto trabajando en tal restaurante.

Precisa la Sala que en este tipo de controversias la parte demandante debe acreditar de manera cierta y clara la existencia de la prestación personal del servicio, elemento necesario para dar aplicación a la presunción legal, y no resultan útiles al efecto las interpretaciones o suposiciones del dicho de los testigos, en cuanto éstos deben ser suficientemente claros y concisos en sus manifestaciones, de manera que no quede duda de la existencia de la relación que se aduce en la demanda.

Nada diferente puede concluir de lo manifestado por el demandado en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1, min. 27:40), y del dicho de las testigos MARIELA VEGA GUZMAN (audio 1, hora 01:55:57) y LUZ MATY VEGA GUZMAN (audio 03:01:57), pues ninguno de ellos dio si quiera indicio de la prestación personal del servicio con posterioridad al año 2015, fecha en que se trasladó de sede el restaurante.

Así las cosas, no le queda a la Sala camino diferente a confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto, advirtiendo que los demás puntos de apelación propuestos por la parte demandante, referidos a la declaratoria de la excepción de prescripción y la absolución de la condena en costas, no es necesario abordarlos, pues su sustentación estaba directamente relacionada con la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo hasta el año 2019.

Finalmente, y para responder el argumento de apelación planteado por la parte demandada, relacionado con el ingreso base sobre el cual deben realizarse los aportes a pensión ordenados en primera instancia, bastará señalar que contrario a lo que indica el apoderado, ninguna de las pruebas del expediente acreditan que el salario devengado por el actor fuera el salario mínimo, a diferencia de ello, tal como lo concluyó la juez de primera instancia, los testigos fueron claros y contestes al señalar que la remuneración del actor correspondía a la suma de \$40.000 diarios, lo que arroja un salario

mensual de \$1.200.000, suma que deberá tenerse en cuenta para los respectivos aportes, tal como se estableció en la sentencia de primera instancia, que también en este aspecto se confirma.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

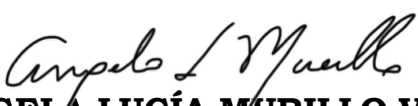
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(Ausente por incapacidad médica)



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 39 2020 00391 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 12 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MAURICIO DIAZ RODRIGUEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 31 de julio de 1960; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 2 de diciembre de 1983 y el 30 de abril de 1993, y cotizó a dicha entidad un total de 294.43 semanas; que el 29 de febrero de 1996 se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen y tampoco que podía regresar a RPM antes de le faltaran 10 años para cumplir la edad de pensión; que el 21 de agosto de 2020, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y su afiliación inicial a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (Carpeta 8, Pdf. 2).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad del actor, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las prescripción,

prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Carpeta 9, Pdf. 2).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 12 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el demandante MAURICIO DÍAZ RODRÍGUEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 01 de abril de 1996 es ineficaz y, por ende, no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media. **SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que ha estado afiliada la actora y sin que le sea dable descontar suma por seguros provisionales, esto es, por pensión de invalidez, de sobrevivientes y para la garantía de la pensión mínima, todo con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES que reciba los dineros de que trata el numeral anterior y que reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. **QUINTO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.890.000. **SEXTO: INFORMAR** a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles en contra de PORVENIR S.A. para obtener el pago

*de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz. **SÉPTIMO: ORDENAR** la consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a COLPENSIONES. ”.*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado del actor es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que para el momento que se efectuó el traslado de régimen del actor, no existía obligación legal relacionada con la documentación de la información que se brindaba al afiliado, o que ésta debiera tener o cumplir unas condiciones específicas, pues para dicho momento la única exigencia era la suscripción del formulario de afiliación, ya que este deber ha ido evolucionando legal y jurisprudencialmente con el paso de los años. Señala, que en el caso bajo estudio, no se acreditó la existencia de lesión o perjuicio alguno al demandante y por el contrario su permanencia en RAIS es señal de ratificación de su decisión de pertenecer a dicho régimen, lo que torna improcedente la declaratoria de ineficacia del traslado. Agrega, que en caso de confirmarse la decisión, se revoque en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, pues frente a estos valores operó la excepción de prescripción y porque estos descuentos se encuentran debidamente autorizados por la ley.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que el traslado del actor obedeció a una decisión libre y voluntaria, pues no se acreditó dentro del expediente la existencia de vicio en el consentimiento alguno, que además la decisión de permanecer en el RAIS fue voluntaria y contaba con los elementos de juicio necesarios sobre las implicaciones de su permanencia en el RAIS y por ello no resulta procedente declarar la ineficacia. Señaló que el actor ratificó su decisión de permanecer en el RAIS con el paso del tiempo y que en este momento se encuentra inmerso dentro de una prohibición legal para regresar al RPM, como lo pretende.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de PORVENIR presentó alegaciones y solicita que se revoque la decisión de primera instancia, al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto la AFP demandada no acreditó el cumplimiento del deber de información definido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 31 de julio de 1960 (fl. 25, Crp. 1 Pdf. 3); **ii)** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 2 de diciembre de 1983 y el 30 de abril de 1993, por un total de 294.43 semanas (Crp. 8, sub crp. 5, Pdf. 1); **iii)** que el 29 de febrero de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (Crp. 1, fl. 11, Pdf. 3); **iv)** que el 24 de marzo de 2020, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (Crp. 1, fl. 23, Pdf. 3).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar

sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>

	<i>pensiones a dar información</i>	
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que

el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la

ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor MAURICIO DÍAZ RODRÍGUEZ se trasladó a la AFP PORVENIR el 29 de febrero de 1996, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1, min. 12: 50), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba como contador público independiente, que se reunió con un asesor de PORVENIR por aproximadamente 15 minutos. Señaló, que lo único que les dijeron es que el Seguro Social iba ser liquidado y podrían quedarse sin pensión si no se trasladaban, que ante dicha información decidió trasladarse por temor. Agregó, que posteriormente en el año 2019, se acercó a las oficinas de PORVENIR donde le dieron información sobre su condición pensional y le dijeron que en ese momento ya no podía regresar al RPM porque tenía una restricción por la edad.

Tampoco se deduce nada al efecto, del interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de PORVENIR (audio 1, min. 08:38), pues al efecto solo manifestó que la asesoría brindada al demandante se realizó de forma verbal y de acuerdo a los

parámetros que la AFP da a sus asesores, y que no estuvo presente en el momento en que se realizó la diligencia de traslado del actor.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso la sentencia de primera instancia se confirmará en lo pertinente.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

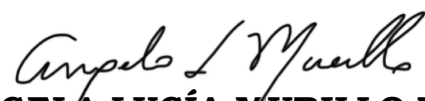
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

Aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(Ausente por incapacidad médica)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MAURICIO DÍAZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

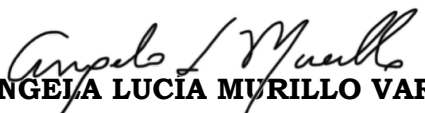
RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2020 00391 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 00-2021-01584-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, así como el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandada **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S.** contra la sentencia S2020-002366 del 21 de diciembre de 2020, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, que condenó al pago de \$18.739.487 por auxilio de incapacidad, intereses moratorios y agencias en derecho (fl. 124 a 130).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 1 a 11).**

El **FONDO DE EMPLEADOS DEL BANCO POPULAR Y FILIALES - FEMPOPULAR** solicitó condenar al pago de \$19.640.767 por incapacidad, intereses de mora y costas.

Como fundamento fáctico indicó que MARÍA BENITA GUEVARA GUEVARA es su trabajadora desde el 16 de marzo de 2000, quien ha sido incapacitada varias veces porque desde el 07 de octubre de 2013 ha presentado alteraciones en su salud, quien además está afiliada en **EPS FAMISANAR S.A.S.** y COLPENSIONES.

Aseguró que la EPS cubrió las incapacidades del 07 de octubre de 2013 al 02 de mayo de 2014, alegando que eran los primeros 180 días. Por ello, la demandante reclamó a COLPENSIONES el pago de las incapacidades otorgadas a su trabajadora desde el 03 de mayo de 2014, administradora que las pagó hasta el 27 de abril de 2015, alegando que cubrió 360 días. A partir del 28 de abril de 2015 se han expedido incapacidades, que no pagan ni la EPS ni la Administradora, a pesar de que la demandante ha sufragado a la trabajadora dicho periodo. Por ello, el 22 de febrero de 2017, presentó derecho de petición a la EPS reclamando el reembolso de los dineros por incapacidad, solicitud que rechazó la EPS, lo cual también hizo COLPENSIONES con la petición de pago.

Informó que la trabajadora se reintegró a labores el 22 de mayo de 2017 y el 04 de julio de 2017 se le concedieron vacaciones, las cuales fueron interrumpidas por nuevas incapacidades; así mismo, COLPENSIONES calificó una PCL del 43,42% a la trabajadora, quien impugnó el dictamen ante la Junta Regional respectiva.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (cd fl. 134).**

La **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S. - EPS FAMISANAR S.A.S.** se opuso a las pretensiones. Indicó que la afiliada MARÍA BENITA GUEVARA GUEVARA, identificada con CC 51.829.944, registra 1520 días de incapacidad continua del 23 de agosto de 2011 al 27 de julio de 2018, así mismo, la EPS emitió concepto de rehabilitación el 18 de febrero de 2014 y lo notificó a la Administradora de Pensiones el 17 de marzo de 2014, Entidad que debe asumir las incapacidades posteriores al día 181, en todo caso, señaló que el día 540 de incapacidad se cumplió el 27 de abril de 2015 y la EPS liquida las incapacidades posteriores al día 541 a partir del 1º de agosto de 2017, en virtud de la sentencia T-401 de 2017 y la Ley 1753 de 2015, pago que corresponde a \$2.438.966 que verá reflejado la demandante el 23 de agosto de 2018, advirtiendo que las incapacidades entre el 27 de abril de 2015 y el 1º de agosto de 2017

no se pagan, por cuanto en dicho lapso no se había establecido la entidad a la cual le correspondía asumirlas, lo cual solo se resolvió con la precitada sentencia de tutela. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido y pago total de la obligación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 124 a 130).

La sentencia S2020-002366 del 21 de diciembre de 2020, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, tiene el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: RECONOCER** personería para actuar dentro del presente proceso al doctor PEDRO JUAN ALARCÓN VARGAS, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificado con la C.C. No. 80.087.340 de Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional No. T.P. No. 175.297 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado de FAMISANAR EPS S.A. **SEGUNDO: ORDENAR** a FAMISANAR EPS S.A. pagar la suma de DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$18.739.487.00) M/cte, a favor del FONDO DE EMPLEADOS DEL BANCO POPULAR Y FILIALES FEMPOPULAR, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. **TERCERO: ORDENAR** a FAMISANAR EPS S.A. efectuar el pago de intereses moratorios liquidados conforme se muestra en la siguiente tabla, hasta la fecha en que se haga el pago efectivo de las prestaciones económicas relacionadas, en favor del DEMANDANTE, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia

No. Incapacidad	Fecha inicio	Fecha final	Días	Intereses a partir del día
1879196	08/04/2015	07/05/2015	10	01/09/2016
3971833	8/05/2015	27/05/2015	20	
4047189	28/05/2015	01/062015	5	
4050477	2/06/2015	1/07/2015	30	
4050480	2/07/2015	31/07/2015	30	
4118580	1/08/2015	30/08/2015	30	
4174247	31/08/2015	29/09/2015	30	
4241562	30/09/2015	29/10/2015	30	
4307379	30/10/2015	28/11/2015	30	
4227519	29/11/2015	28/12/2015	30	
4427161	29/12/2015	27/01/2016	30	
4511455	28/01/2016	29/01/2016	2	
4533016	30/01/2016	28/02/2016	30	
4548192	29/02/2016	29/03/2016	30	
4591100	30/03/2016	28/04/2016	30	
4654045	29/04/2016	28/05/2016	30	
4760100	29/05/2016	31/05/2016	3	
4720090	1/06/2016	30/06/2016	30	
4910311	1/07/2016	29/07/2016	29	
4910301	30/07/2016	2/08/2016	4	
4844961	3/08/2016	1/09/2016	30	25/02/2017
4904221	2/09/2016	29/09/2016	28	
4963805	30/09/2016	17/10/2016	18	
5148772	18/10/2016	16/11/2016	30	
5148780	17/11/2016	22/11/2016	6	
5148775	23/11/2016	12/12/2016	20	
5148776	13/12/2016	2/01/2017	21	
5148638	3/01/2017	1/02/2017	30	

CUARTO: ORDENAR a FAMISANAR EPS S.A. pagar al FONDO DE EMPLEADOS DEL BANCO POPULAR Y FILIALES FEMPOPULAR la suma de NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (\$936.974.00) M/cte, por concepto de Agencias en Derecho, correspondiente al 5% e la pretensión reconocida, pago que deberá realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia. **QUINTO: ADVERTIR** que la presente Sentencia puede ser impugnada para que de ella conozca, en segunda instancia, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL – SALA LABORAL – CORRESPONDIENTE AL DOMICILIO DEL APELANTE; impugnación que deberá interponerse ante este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el parágrafo primero del artículo 6 de la Ley 1949 de 2019. **SEXTO: NOTIFICAR** la presente sentencia, enviando copia de la misma al apoderado especial de la entidad DEMANDANTE al correo electrónico abq.rojasonate@gmail.com y a la demandada en la dirección registrada ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación. **PARÁGRAFO:** Cuando la notificación de esta providencia no pueda realizarse al demandante, por correo electrónico o por correo certificado, por razones no imputables a este Despacho, la providencia se publicará en la página web de la entidad. (...)."

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer la procedencia de que la EPS realice el reembolso de las incapacidades al demandante, con cargo a los recursos del SGSSS.

Para resolver indicó que la demandante solicitó el pago de las incapacidades expedidas del 08 de mayo de 2015 al 30 de enero de 2018, indicando que la Ley 1753 de 2015 estableció la responsabilidad de la EPS de cancelar las incapacidades superiores al día 540 y desde el 1º de septiembre de 2016 el Decreto 1429 consagró como un hecho cierto tal obligación. No obstante, indicó que hubo interrupción de la incapacidad, por cuanto la incapacidad que inició el 18 de agosto de 2017 no es una prórroga, por lo cual la EPS asume su pago desde el día 3 y hasta el 180, sin que la afiliada haya tenido la recuperación de su estado de salud y ha sufrido enfermedades concomitantes a la inicial de síndrome del maguito rotador, conforme el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 780 de 2016, por lo cual condenó, señalando que el valor de la incapacidad no puede ser inferior a 1 SMLMV por la sentencia

C-543 de 2007, ordenando intereses moratorios conforme el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 a partir del día siguiente a las raditaciones de cobro del 30 de agosto de 2016 y 24 de febrero de 2017 y a costas.

+

III. RECURSO DE APELACIÓN (fl. 137 a 138).

La demandada **EPS FAMISANAR S.A.S.** solicitó revocar el fallo. Indicó que no procede la condena al pago de incapacidades, por cuanto hubo interrupción de aquellas desde el 20 de mayo de 2017 al 17 de agosto de 2017 y del 23 de septiembre de 2017 al 31 de octubre de 2017, por lo que se inició un nuevo ciclo del 1° de noviembre de 2017 al 16 de febrero de 2018 y luego hay otra interrupción desde el 17 de febrero de 2018 al 10 de abril de 2018; también del 28 de julio de 2018 al 06 de septiembre de 2018 y desde el 30 de noviembre de 2018 al 09 de enero de 2019; desde el 09 de febrero de 2019 hasta el 07 de abril de 2019 y finalmente desde el 13 de abril de 2019 al 13 de mayo de 2019, por lo cual no hay continuidad. De otra parte, indicó que la EPS cumplió con el deber de proferir concepto de rehabilitación, siendo que se cumplió 540 días de incapacidad el 27 de abril de 2015, pero solo desde el 1° de agosto de 2017 la EPS puede reconocer las incapacidades posteriores al día 540, según la sentencia T-401, por lo cual no existe saldo pendiente de pago ya que le canceló \$2.438.966 a la demandante.

IV. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho a la demandante al reembolso del pago del auxilio de incapacidad que canceló a la trabajadora, por parte

de la EPS demandada, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencial para ello.

VI. CONSIDERACIONES

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* condenó al pago de \$18.739.487 por auxilio de incapacidad, intereses moratorios y agencias en derecho.

El apoderado de la demandada **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que no procede la condena porque hubo interrupción de la incapacidad, además la EPS cumplió su deber de proferir concepto de rehabilitación y solo puede reconocer incapacidades posteriores al día 540 desde el 1º de agosto de 2017 en virtud de la sentencia T-401, por tanto, no hay saldo pendiente de pago ya que canceló \$2.438.966 a la demandante.

- Sobre el auxilio de incapacidad por enfermedad general.

El artículo 227 CST, consagró un auxilio por incapacidad general de hasta 180 días a favor del trabajador y a cargo del empleador, obligación que fue subrogada por el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el cual consagró dicho auxilio a favor de los afiliados cotizantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Respecto del pago, el Decreto 2943 de 2013, estableció que los dos (2) primeros días está a cargo del empleador y del día 3 a 180 a cargo de la EPS, por su parte, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, obliga a la EPS a emitir concepto de rehabilitación antes del día 120 y notificarlo a la administradora de pensiones antes del día 150, a fin de que dicha Administradora asuma el pago del auxilio desde el día 181 y hasta por 360 días adicionales.

Respecto las incapacidades superiores al día 540, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, establece su pago a cargo de la EPS, sin perjuicio del recobro ante la **ADRES**, norma respecto de la cual la H. Corte Constitucional indicó en la sentencia T-144 de 2016 que es de aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad material, aspecto que reiteró la Alta Corporación en la sentencia C-200 de 2019

La obligación del pago de la incapacidad se genera cuando se cumple el periodo mínimo de carencia establecido en el artículo 81 del Decreto 2353 de 2015, compilado en el artículo 2.1.13.4 del Decreto 780 de 2016, que exige para el reconocimiento que el afiliado cotizante hubiera efectuado aportes por mínimo 4 semanas.

Durante la incapacidad de origen general hay lugar al pago de los aportes a los sistemas de pensión y salud, los cuales se liquidan tomando como base el valor de la incapacidad, tal y como establecen el artículo 70 del Decreto 806 de 1998 y el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, compilados en los artículos 3.2.1.10 y 3.2.5.1 del Decreto 780 de 2016.

Respecto la vigencia del literal d) del artículo 9 del Decreto 770 de 1975, en el concepto 201511600678821 del 21 de abril de 2015 el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL indicó que el artículo 236 de la Ley 100 de 1993 transformó el extinto ISS en EPS, por lo cual la reglamentación del Decreto 770 de 1975 fue reemplazada por las disposiciones de la Ley 100 de 1993, entre ellas los artículos 206 y 207, que regulan el pago del auxilio por incapacidad y licencia de maternidad conforme las normas del Régimen Contributivo del SGSSS.

Considerando los antecedentes normativos expuestos, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, observando que en el caso bajo estudio no hay duda de que MARÍA BENITA GUEVARA GUEVARA, identificada con CC 51.829.944, es trabajadora del demandante **FONDO DE EMPLEADOS DEL BANCO POPULAR Y FILIALES – FEMPOPULAR**, tal y como se acredita con el contrato de trabajo (fl.

38), el pago de aportes que efectúa el demandante a favor de dicha persona natural (fl. 28 a 33) y la copia de los desprendibles de nómina desde el 16 de abril de 2015 al 31 de enero de 2018 (fl. 81 a 114).

También está plenamente acreditado que MARÍA BENITA GUEVARA GUEVARA es afiliada cotizante de la demandada **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S. - EPS FAMISANAR S.A.S.**, EPS que en su contestación reconoce expresamente dicha afiliación e, inclusive, allega certificado sobre las incapacidades expedidas a favor de la trabajadora (archivos “*Cert Inc CC 51829944*” y “*NURC J-2018 – 085219 EXPEDIENTE JURISDICCIONAL J – 2018 - 1364*”cd fl. 134).

Así las cosas, no hay duda de que MARÍA BENITA GUEVARA GUEVARA tiene derecho al reconocimiento del auxilio de incapacidad, consagrado en el artículo 227 CST, por parte de la ESP conforme las reglas dispuestas en los artículos 206 y 207 de la Ley 100 de 1993, toda vez que revisadas las planillas de pago y el certificado de incapacidades, no hay duda de que la EPS ya le canceló dicho auxilio por los primeros 180 días de incapacidad que inició el 07 de octubre de 2013, de lo cual se infiere que la EPS acepta que la afiliada superó el periodo de carencia de 4 semanas de cotización del artículo 2.1.13.4 del Decreto 780 de 2016.

Ahora bien, llama la atención de esta Sala que el demandante reconoce expresamente que **EPS FAMISANAR S.A.S.** le pagó las incapacidades del 07 de octubre de 2013 al 02 de mayo de 2014 y COLPENSIONES del 03 de mayo de 2014 al 27 de abril de 2015, tal y como indicó en los hechos 7 y 8 de la demanda (fl. 2), sin embargo, la *a quo* condenó a la EPS a pagar el auxilio de incapacidad desde el 08 de abril de 2015, no obstante, dicha falencia no fue alegada en el recurso de apelación, por lo cual la Sala no tiene competencia para modificar la fecha inicial de la condena, en virtud del principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS.

De otra parte, la EPS alegó en su recurso de apelación que solo desde el 1° de agosto de 2017 está obligada a pagar las incapacidades posteriores al día 540, ya que en esa fecha se profirió la sentencia T-401 de 2017 que determinó dicha responsabilidad, argumento que rechaza la Sala, toda vez que dicha obligación surgió con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, el cual tiene aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad, tal y como indicó la H. Corte Constitucional en sentencias T-144 de 2016, C-200 de 2019, T-235 de 2020, entre otras.

Como segundo motivo de inconformidad, la EPS alegó en su apelación que no hay continuidad en las incapacidades, ya que hubo interrupción en la prórroga de éstas.

Para resolver esta inconformidad, es importante considerar que el artículo 2.2.3.2.3 del Decreto 780 de 2016, adicionado por el Decreto 1333 de 2018, establece que hay prórroga de la incapacidad cuando no hay solución de continuidad de más de 30 días calendario entre las incapacidades y además son expedidas por la misma enfermedad o lesión u otra que tenga relación directa con esta, así se trate de distinto código CIE, requisitos que procede a verificar la Sala.

En el caso bajo estudio, el apoderado de la EPS demandada alega que no hay continuidad en la incapacidad, por cuanto hubo una interrupción del 20 de mayo de 2017 al 17 de agosto de 2017 y del 23 de septiembre de 2017 al 31 de octubre de 2017, por lo cual el nuevo ciclo de incapacidades inició hasta el 1° de noviembre de 2017 y cesó el 16 de febrero de 2018, por cuanto posteriormente se presentaron otras interrupciones.

De entrada anuncia esta Sala que no tendrá en cuenta las presuntas interrupciones posteriores al 30 de enero de 2018, por cuanto el fallo de primera instancia no impartió condena alguna por incapacidades posteriores a enero de 2018, por tanto, carece de relevancia analizar fechas posteriores.

De otra parte, contrario a lo dicho por el apoderado de **EPS FAMISANAR S.A.S.**, la Superintendencia Nacional de Salud sí consideró que después del 19 de mayo de 2017 hubo interrupción de la prórroga de la incapacidad, del mismo modo, también consideró que hubo interrupción de la prórroga el 23 de septiembre de 2017, tal y como se observa en la parte motiva del fallo, al punto que la *a quo* presentó mediante dos tablas dichas interrupciones, circunstancia que pasó por alto el apelante (fl. 127).

Así las cosas, la Superintendencia Nacional de Salud, de forma expresa, señaló en la parte motiva del fallo de primera instancia que la condena al pago de las incapacidades se basa, en primer lugar, a un ciclo de incapacidades superiores al día 540 y, en segundo lugar, a las nuevas incapacidades expedidas con posterioridad a la interrupción de ese primer ciclo, del cual la EPS asume el pago del auxilio de incapacidad a partir del día 3 en virtud del Decreto 2943 de 2013.

Así las cosas, el argumento de interrupción de la prórroga de la incapacidad, alegado por el apoderado de la EPS demandada, carece de viabilidad jurídica, por lo cual se desestima el mismo.

Resueltos todos los puntos de inconformidad de **EPS FAMISANAR S.A.S.**, advierte esta Sala que no hay mérito para acceder a las suplicas elevadas en el recurso de apelación, por lo cual se confirmará el fallo de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada.

(Ausente por incapacidad médica)



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 03 2019 00678 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidos (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 16 de marzo de 2021 por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a AVIANCA S.A. a pagar a favor del demandante cálculo actuarial por las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones correspondientes al período laborado entre el 20 de mayo de 1974 y el 26 de noviembre de 1979.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MAJ EVA GUNNEL BODEN, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO – AVIANCA S.A.** Solicita que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los aportes al sistema de seguridad social

en pensiones por el tiempo que duró la relación laboral, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que prestó servicios a la compañía AVIANCA S.A. entre el 20 de mayo de 1974 y el 26 de noviembre de 1979, desempeñando el cargo de auxiliar de vuelo; que la demandada omitió realizar la vinculación al sistema de seguridad social en pensiones y nunca adelantó los trámites correspondientes para efectuar el pago de los aportes; que el 27 de enero de 2017, se afilió a la AFP OLD MUTUAL; que solicitó a la demandada el pago del cálculo actuarial correspondiente, pero mediante comunicación del 31 de enero de 2019 le respondió que la afiliación no se realizó por falta de cobertura del sistema en la época; que el 12 de marzo de 2019, AVIANCA presentó a OLD MUTUAL un estudio actuarial de la firma HEALTH WEALTH CAREER bajo la metodología de bono pensional con la finalidad de convalidar los tiempos de cotización y con base en ello se ofreció pagar la suma de \$75.383.875 con corte al 30 de marzo de 2019, que la AFP OLD MUTUAL definió el valor del cálculo actuarial en la suma de \$551.653.946 con corte al 31 de agosto de 2019 y que al no existir consenso con AVIANCA decidieron acudir a la jurisdicción para que dirimiera el conflicto.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO - AVIANCA S.A.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la existencia de una relación laboral, pero con la precisión que la demandante prestó servicios entre el 20 de mayo de 1974 y el 3 de julio de 1974 como aprendiz y desde el 3 de julio de 1974 hasta el 26 de noviembre de 1979 como auxiliar de vuelo, frente a los demás manifestó que no son ciertos, pues la entidad ha manifestado su intención de pagar los aportes, pero bajo la modalidad de bono pensional y no de cálculo actuarial. Propuso

como excepciones las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción (fls. 62 a 72).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 16 de marzo de 2021, condenó a la sociedad demandada a pagar a favor del demandante cálculo actuarial por las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones correspondientes al período laborado entre el 20 de mayo de 1974 y el 26 de noviembre de 1979. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: CONDENAR a la sociedad demandada AEROLINEAS DEL CONTINENTE AMERICANO – AVIANCA S.A. en favor de la demandante MAJ EVA GUNNEL BODEN al pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones por el período comprendido entre el 20 de mayo de 1974 y el 26 de noviembre de 1979, previo cálculo actuarial que deberá realizar el fondo de pensiones OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., aplicando para el efecto el decreto 1887 de 1994, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas, incluidas las agencias en derecho a la demandada AEROLINEAS DEL CONTINENTE AMERICANO – AVIANCA S.A., las que se tasan en la suma de \$2.000.000”

El Juez de primera instancia circunscribió el problema jurídico en determinar si es procedente el pago de los aportes reclamados y definir la forma en que debe realizarse el pago. Para resolverlo indicó que de acuerdo con el criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los empleadores que omitieron realizar aportes al sistema de pensiones por falta de cobertura del sistema o inexistencia de la obligación para ese momento, deben efectuar el pago del cálculo actuarial que realice la administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliada la persona. Definió que en

el caso bajo estudio la demandada debe realizar el pago de dicho cálculo, que debe realizarse teniendo en cuenta las previsiones del Decreto 1887 de 1994.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la sociedad demandada pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que las decisiones que cita el juez de primera instancia, como fundamento de su sentencia, fueron emitidas por la Sala de descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y éstas desconocen el criterio ya definido por la Sala fija sobre el tema de la omisión de afiliación al sistema de pensiones, que determina que la convalidación o realización de esos aportes se efectúa teniendo en cuenta el régimen pensional al cual se encuentra afiliado el trabajador, pues si está afiliado al RPM el cálculo se realiza bajo las normas de un título pensional y si se encuentra en el RAIS se rige por las normas de un bono pensional. Señaló que en el caso bajo estudio no es objeto de discusión que la demandante se encuentra afiliada al RAIS y por ello la forma de realizar la convalidación de los aportes, es a través de la emisión de un bono pensional con arreglo a lo dispuesto en los Decretos 1748 de 1995 y 1474 de 1997 y no mediante el pago de un cálculo actuarial liquidado en la forma que define el Decreto 1887 de 1994, como lo estableció el juez de primera instancia.¹

¹ “Gracias señor juez, siendo esta la oportunidad procesal pertinente manifiesto que interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia recientemente proferida por las razones que a continuación expongo. Concluye el despacho que en este caso en particular AVIANCA está obligada a convalidar los aportes a pensiones a favor de la demandante por el periodo comprendido entre el 20 de mayo de 1974 y el 26 de noviembre de 1979, teniendo como base los criterios definidos en el decreto 1887 de 1994, esto es, a través del traslado de un título pensional al fondo de pensiones OLD MUTUAL al que se encuentra afiliada la demandante, como fundamento de la decisión lo que hace el despacho es traer a colación dos sentencias proferidas por la sala de descongestión de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicando que se trata de precedentes verticales que el despacho tiene la obligación de aplicar, en este sentido lo primero que tengo que decir es que no comparto la posición del despacho, en primer lugar porque si bien se trata de sentencias proferidas por la sala de Casación Laboral, no es menos cierto que esos pronunciamientos que corresponden a los magistrados OMAR DE JESUS RESTREPO y SANTANDER BRITO CUADRADO, el orden de los apellidos no me lo sé bien pero estos dos magistrados forman parte de la Sala de descongestión laboral y en esas sentencias lo que hace la sala de descongestión, ni más ni menos fue desconocer el precedente de la sala plena, donde la Corte de manera reiterada, entre otros pronunciamientos, en la sentencia SL 5790 de 2014, con ponencia de JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, ratificando los pronunciamientos del 25 de mayo de 2005 con radicado 25165 y de 22 de noviembre de 2011 con radicado N° 40250, lo que ha dicho la Corte es que en los eventos en que ha habido omisión en la

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto dispuso que la convalidación de los aportes debe realizarse con base en lo dispuesto en el Decreto 1887 de 1994 y en su lugar disponga que debe expedirse un bono pensional en la forma que definen los Decretos 1748 de 1995 y 1474 de 1997, es decir con un bono pensional tipo A modalidad 2.

El apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación interpuesto.

afiliación y por tanto en el pago de los aportes, la convalidación de esos aportes se realiza teniendo en cuenta el régimen pensional al que se encuentra afiliado el trabajador, en ese sentido lo que ha dicho la Corte es que la correcta interpretación del artículo 33 de la Ley 100 modificado por el artículo 9° de la ley 797 en su literal d), prevé que el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado a los trabajadores debe hacerse con base en el cálculo actuarial que está representado por un bono o título pensional, todo lo cual quiere decir que dependiendo del lugar o el régimen al que este afiliado el trabajador, esto, es régimen de prima media o régimen de ahorro individual, lo que procederá es la realización de un cálculo actuarial bajo las normas de un título pensional cuando la persona esté en prima media o de un bono pensional cuando una persona esté en ahorro individual, en este sentido insisto en lo manifestado tanto al dar contestación a la demanda como al exponer los alegatos de conclusión en cuanto a que es un hecho no discutible que la demandante se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual y estando aceptado por mi representada que hubo una omisión en la afiliación y pago de aportes al sistema, la convalidación de aportes debe hacerse mediante la emisión de un bono pensional con arreglo a los decretos que rigen la materia, especialmente el 1748 de 1995 y el 1474 de 1997, siendo importante además poner de presente que el decreto del año 2010 que el juzgado hace referencia en su fallo, específicamente el decreto 3798 no podría ser aplicado a este caso teniendo en cuenta que pues por las normas sobre aplicación de la ley en el tiempo y en esa medida la empresa no tendría porque haber hecho la convalidación de aportes a través de, dando aplicación a las normas del decreto 1887 de 1994, en estas condiciones solicito del honorable Tribunal Superior del distrito judicial que revoque la sentencia en cuanto declaró que la convalidación de aportes debe hacerse mediante el cálculo de un título pensional con arreglo al Decreto 1887 de 1994, para en su lugar declarar que la convalidación de aportes, en este caso particular, debe hacerse con arreglo a las normas propias de los bonos pensionales, teniendo en cuenta que la demandante se encuentra afiliada al Régimen de Ahorro Individual a través de la administradora de fondos de pensiones OLD MUTUAL”

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir la forma en que la sociedad demandada debe realizar el pago de los aportes a pensión que corresponden a la demandante, por el tiempo servido a dicha entidad y respecto del cual se omitió la afiliación al Sistema General de Pensiones.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que entre la demandante y AEROLINEAS DEL CONTINENTE AMERICANO – AVIANCA S.A. existió una relación laboral entre el 20 de mayo de 1974 y el 26 de noviembre de 1979, tiempo durante el cual desempeñó el cargo de auxiliar de vuelo, devengando como último salario la suma de \$7.980 (fl. 74); **ii)** que la demandada no afilió a la demandante al sistema de seguridad social en pensiones durante el término de la relación laboral (hecho aceptado por la demandada); **iii)** que la demandante en la actualidad se encuentra afiliada al RAIS administrado por la AFP SKANDIA (fl. 24); **iv)** que la demandada AVIANCA S.A. debe pagar el valor del cálculo actuarial por los tiempos en que no afilió y pagó las cotizaciones que correspondían al Sistema General de Pensiones (asunto definido por el juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso).

- Sobre el pago de aportes a pensión por omisión de afiliación

Previo a resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de fecha 16 de julio de 2014, radicación N° 41745, con ponencia de la H. Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón, y copiosa jurisprudencia dictada con posterioridad, esa Corporación expresamente recogió el criterio que había expresado sobre la materia con anterioridad y dispuso la

responsabilidad del empleador por las cotizaciones que no se pagaron al Sistema de Pensiones en los periodos durante los cuales no hubo cobertura de los riesgos de Invalidez Vejez o Muerte por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales; en la referida providencia la Corte consideró lo siguiente:

“(…) no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas. (...) bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional”.

También señaló dicha Corporación, en sentencia SL14388-2015, que en casos de omisión de afiliación al sistema de pensiones, las entidades de seguridad social, en los términos que define el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, deben tener en cuenta el tiempo servido como tiempo efectivamente cotizado, pues el empleador debe cubrir la obligación que le correspondía a través del pago del respectivo cálculo actuarial a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social. En este puntual aspecto, la Corte no distingue

que dicho cálculo deba realizarse de una u otra forma dependiendo del régimen pensional al cual se encuentre afiliado el trabajador (RAIS – RPM).

Bajo estos lineamientos jurisprudenciales el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que condenó a la demandada al pago del cálculo actuarial que para el efecto elabore la AFP SKANDIA, con arreglo a lo previsto en el Decreto 1887 de 1994, norma que regula la forma de liquidación de dicho cálculo en casos como el que se estudia.

Para llegar a la anterior conclusión basta precisar que el Decreto 1887 de 1994, regula la forma en que se liquidan los cálculos actuariales que prevé el inciso segundo del Parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma en la que se fundamenta la condena que se impone a los empleadores que omiten realizar la afiliación de sus trabajadores al Sistema General de Pensiones, reiterado en el Decreto 3798 de 2003, en el inciso 6° del artículo 17, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 15 del Decreto 1474 de 1997. La citada norma establece lo siguiente:

“(...) En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994 (...).”

Por ello, a juicio de la Sala, es esta la forma la de determinar el valor del cálculo actuarial correspondiente; contrario a lo que aduce la apoderada de la demandada en el recurso y en su escrito de alegaciones, no resulta procedente, en el presente caso,

convalidar los aportes dejados de realizar mediante la expedición de un bono pensional tipo A modalidad 2, pues dicho título está específicamente previsto para aquellos casos en que un afiliado se traslada al RAIS y cuya primera vinculación laboral válida fue antes del 1° de julio de 1992 (artículo 1°, Decreto 1748 de 1995), supuesto diferente al de la demandante, quien no realizó un traslado de régimen de pensional, pues no obra prueba de ello en el expediente.

Ahora, si bien la apoderada argumenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5790-2014, estableció que en casos en que se condena al pago de un cálculo actuarial por omisión de afiliación, la forma de liquidarlo en aquellas personas que se encuentran afiliadas al RAIS, es a través de la expedición de un bono pensional tipo A modalidad 2, lo cierto es que tal decisión resuelve un asunto diferente al que aquí se plantea, pues en dicha providencia se resuelve el caso de un trabajador que estando afiliado al RPM se trasladó al RAIS, y ya contaba con un bono pensional no redimido por el tiempo cotizado en su momento al RPM, en tal proceso la sociedad demandada debía responder por el valor del título pensional correspondiente a los aportes que omitió realizar y que complementaría el valor del bono pensional. Situación distinta a la que aquí se resuelve, pues la demandante no se trasladó de régimen pensional y no cuenta con un bono pensional por tiempo cotizado al RPM.

Finalmente, agrega la Sala que las decisiones emitidas por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que cita el juez como fundamento de su providencia, no se encuentran en contravía de lo definido por la Sala fija de dicha Corporación, pues como se estudió en precedencia, para este tipo de asuntos, la Sala de Casación Laboral no ha realizado una distinción entre afiliados al RAIS y al RPM para establecer una forma de liquidación distinta del cálculo actuarial, como lo aduce la recurrente. Resulta pertinente resaltar que del contenido del Parágrafo del artículo 16

de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 2° de la Ley 1781 de 2016, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 2016, se deduce de manera clara que la Sala de Descongestión no puede cambiar la jurisprudencia en un determinado asunto, pues en casos en que considere necesario hacerle, debe remitir el expediente a la Sala de Casación Laboral para que ésta decida. Así las cosas, no encuentra la Sala razones para revocar la sentencia de primera instancia y definir que la AFP SKANDIA, a la cual se encuentra afiliada la demandante, deba determinar el valor del cálculo actuarial en una forma distinta a la que prevé el Decreto 1887 de 1994.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

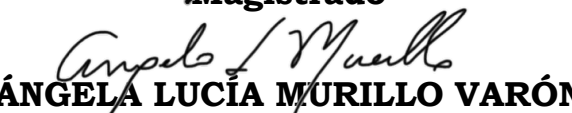
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(En licencia por incapacidad médica)



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 04-2019-00613-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de ambas partes contra la sentencia proferida el 04 de febrero de 2021 por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre las partes hubo un contrato de trabajo a término indefinido, condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías, indemnización moratoria, aportes a pensión, indexación de vacaciones, declaró parcialmente probadas las excepciones de prescripción, cosa juzgada y pago, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas (42:42 archivo “24.1Audiencia”).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (archivo “003Demanda”).**

MARIO ANDRÉS LÓPEZ ORDOÑEZ solicitó declarar que existió un contrato de trabajo de mayo de 2008 al 05 de marzo de 2018, que finalizó la empresa unilateralmente sin justa causa; en consecuencia, condenar a pagar prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión, indemnización por no consignación de cesantías, por despido, moratoria, reintegro de los pagos efectuados por seguridad

social, indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que ingresó a laborar como médico certificado con la **DEMANDADA** en mayo de 2008, prestando servicios de cirugía de tórax y sus implicaciones, vinculación que se efectuó mediante contrato de prestación de servicios por \$4.900.000, junto con un dinero extra por ejecución de cirugías folio, por tanto, sus honorarios mensuales fueron de \$7.000.000 aproximadamente, siendo su jornada de lunes a sábados, de 6am hasta culminar sus labores, lo cual era a las 8pm o más allá cuando debía atender intervenciones de urgencia a cualquier hora, dentro o fuera de sus horas laborales. De otra parte, se le asignó acompañar y enseñar a estudiantes del postgrado de la UNIVERSIDAD DEL ROSARIO en cirugía general, elaboración de historias clínicas, interpretación de exámenes y otros; así mismo, se le ordenó dictar clases a estudiantes de pregrado de dicha Universidad. Adicionalmente, se le citó a reuniones administrativas extemporáneas de asistencia obligatoria, a través de insistentes correos electrónicos. El 26 de noviembre de 2008 recibió una carta informando la terminación del contrato para el 31 de diciembre de 2008. Aseguró que durante el tiempo que prestó servicios se le hicieron descuentos si la cirugía no empezaba a las 7am, llevando un registro de hora de entrada y salida, también había descuento por paciente represados o atrasados sin considerar que no se otorgaba espacio necesario como quirófano para realizar las cirugías, así mismo, en caso de no revisar interconsulta dentro de las 24 horas del envío de la solicitud sufría descuentos. Posteriormente, desde el 1° de julio de 2010 al 1° de julio de 2012 fue vinculado por la **DEMANDADA** a través de una Cooperativa de Trabajo Asociado, con las mismas condiciones, horario y honorarios del contrato de 2008, no obstante que desde el 1° de marzo de 2012 e le aumentó su carga laboral sin un incremento en su remuneración. Señaló que el 10 de abril de 2012 recibió un cobro de una glosa de cirugía a través de correo electrónico, causada por una supuesta negligencia al diligenciar un formato NO POS; por su parte, el doctor FELIPE VARGAS BARATO, quien fue su

jefe inmediato, uso término ofensivos y denigrantes en su contra, junto con solicitudes desmedidas de control en el horario del **DEMANDANTE**. En octubre de 2017 el monto devengado fue notablemente disminuido, pasando de \$4.900.000 a \$2.500.000, bajo el argumento de que los pagos adicionales por cirugía iban a ser incrementados, lo cual nunca sucedió. Finalmente, el 28 de febrero de 2018 presentó carta con su voluntad de renunciar si las condiciones laborales no mejoraban, siendo intempestivamente terminado su contrato el 05 de marzo de 2018 por el jefe de Talento Humano.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA (archivo
"016ContestacionDeDemanda").**

La **CORPORACIÓN HOSPITALARIA JUAN CIUDAD** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que no hubo una vinculación laboral con el **DEMANDANTE** con anterioridad al 07 de octubre de 2017, por cuanto con anterioridad al 1° de julio de 2010 el actor prestaba de manera independiente y autónoma su servicio de médico cirujano especialista en tórax y a partir del 1° de julio de 2010 se asoció a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SOLUCIONES Y SERVICIOS – SOLSER CT, participando en la ejecución del contrato de prestación de servicios que la Corporación celebró con dicha CTA, al punto que el **DEMANDANTE** en acta de conciliación 61 del 27 de febrero de 2012 manifestó que no existió una relación laboral con la CTA sino una relación cooperativa y que no hubo relación laboral con la **DEMANDADA** entre el 1° de julio de 2010 al 29 de febrero de 2012, luego, el 1° de marzo de 2012 se suscribió contrato de prestación de servicios de salud PSS 04-20212 con el **DEMANDANTE** para prestar los servicios de cirugía de tórax, vinculó que finalizó de mutuo acuerdo el 12 de octubre de 2017, toda vez que el 07 de octubre de 2017 se celebró contrato de trabajo a término fijo entre las partes, el cual finalizó sin justa causa y con pago de la indemnización del artículo 64 CST el 05 de marzo de 2018.

Agregó que durante el tiempo que fue empleado, el **DEMANDANTE** debió cumplir los horarios y jornadas señaladas en el

reglamento interno de trabajo de la **DEMANDADA**, pero con anterioridad fue autónomo e independiente, además, durante la relación laboral pago el salario y demás derechos laborales, sin nunca hacer descuentos. De otra parte, el correo del 10 de abril de 2012 no implica subordinación, sino que es una mera respuesta a un correo que envió el **DEMANDANTE**, además, el contrato PSS 04-2012 estipuló como supervisor al Jefe del Departamento Clínicas Quirúrgicas, quien debía ejercer control en la ejecución del servicio. Señaló que el salario pactado entre las partes fue un salario integral, conformado por un básico mensual de \$2.397.581 y un factor variable, sin que en ningún caso fuera inferior al salario mínimo integral legal mensual vigente, pagado proporcionalmente al tiempo efectivamente laborado. Interpuso las excepciones de buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones reclamadas a la demandada, cosa juzgada y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (42:42 archivo “24.1Audiencia”).

El 04 de febrero de 2021, el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre Mario Andrés López Ordoñez y la Corporación Universitaria Juan Ciudad, existió contrato laboral a término indefinido desde el primero (1) de marzo de 2012 hasta el seis (6) octubre de 2017 y un contrato por término definido desde el siete (7) de octubre de 2017 hasta el cinco (5) de marzo 2018. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor del demandante los siguientes valores: cesantías por valor de \$44.240.000 pesos, Intereses de Cesantía por valor de \$914.546 pesos, Prima de Servicio por \$8.909.444 pesos, Vacaciones por \$8.404.721 pesos, Sanción por no consignación de cesantías \$106.913.198 pesos. TERCERO: CONDENAR a la demandada Corporación Universitaria Juan Ciudad por concepto de indemnización moratoria a una suma igual a un día de salario por cada de retardo en el pago de la obligación a razón de \$263.333,³³ pesos a partir del siete (07) de octubre de 2017 hasta el seis (06) de octubre de 2019, esto es, por el término de 24 meses y a partir del siete (07) de octubre de 2017 pagará intereses moratorios a la tasa máxima de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia. CUARTO: SE ORDENA a Corporación Universitaria Juan Ciudad a pagar los aportes en

*pensiones desde el primero (1º) de marzo de 2012 hasta el seis (06) de octubre 2017, teniendo en cuenta como salario el valor de siete millones novecientos mil pesos (\$7.900.000), lo que deberá ser pagado con la sanción moratoria, estos dineros deberán ser consignados al fondo al que se encuentra afiliado el demandante. **QUINTO: CONDENAR** a la demandada a pagar la indexación de las vacaciones. **SEXTO: absolver** a la demandada de las demás pretensiones formuladas por el demandante. **SÉPTIMO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción prescripción igualmente cosa juzgada y pago. **OCTAVO: DECLARAR** no probadas el resto de las excepciones propuestas. **NOVENA: CONDENAR** en costas a la parte demandada, fíjense las agencias en derecho en la suma de \$8.470.000 pesos. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo con los extremos temporales reclamados y en caso afirmativo determinar si se adeudan los derechos que pretende el **DEMANDANTE**.

Para resolver indicó que conforme las pruebas, no se demostró la prestación del servicio desde 2008 y hasta la vinculación del **DEMANDANTE** a la Cooperativa de Trabajo Asociado, posteriormente, se acreditó el servicio en la CTA SOLSER del 2010 a 2012, realizando el demandante una actividad esencial del giro de los negocios de la **DEMANDADA**, por lo cual se configuró un contrato de trabajo, pero se celebró entre las partes y dicha CTA una conciliación y por ello toda pretensión por dicho periodo esta cobijada por la cosa juzgada porque no se demandó la nulidad de dicha acta, también se acreditó que se celebró un contrato de prestación de servicios del 1º de marzo de 2012 al 06 de octubre de 2017, contrato que era de pocos meses pero que se prorrogó automáticamente, por lo cual se desconoció el carácter temporal limitado de dicho tipo de contratación, ya que el servicio era permanente, además se allegado pruebas que no descartan la presunción de existencia de contrato de trabajo y al contrario se acreditan elementos de subordinación, por lo cual declaró el contrato realidad por dicho periodo, advirtiendo que existió un segundo contrato de trabajo a término fijo del 07 de octubre de 2017 al 05 de marzo de 2018, del cual no hay prueba de créditos laborales insolutos, por lo cual solo impartió condenas por el contrato realidad. Declaró como salario la suma de \$7.900.000 conforme los honorarios del

contrato de prestación de servicios, declaró la prescripción de las acreencias anteriores al 21 de agosto de 2016, declaró la mala fe de la **DEMANDADA** y condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión, indemnización por no consignación de cesantías y moratoria, absolvió de la indemnización por despido, aportes a salud y reintegró de pagos cancelados por seguridad social.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La **DEMANDADA** solicitó revocar las condenas. Alegó que del 1º de marzo de 2012 al 06 de octubre de 2017 es claro que hubo un contrato de prestación de servicios profesionales, el cual no debe ser temporal porque ninguna norma civil o laboral limita su vigencia, confesando el **DEMANDANTE** que prestó el servicio contratado en otras instituciones de salud, quien conocía la naturaleza civil del vínculo porque pagó sus propios aportes, nunca se opuso a la modalidad contractual ni presentó reclamos al respecto, presentaba cuentas de cobro, permitió que se realizara la retención en la fuente, sin que el cruce de correos implique subordinación o que la realización de actividades medicas inherentes al objeto social de la **DEMANDADA** implique una relación laboral, ya que siempre hubo independencia y autonomía del contratista y, en caso de ratificarse la condena, no hay mala fe de la **DEMANDADA** porque se actuó bajo la premisa de que el contrato que se firmó no era laboral y el **DEMANDANTE** prestaba sus servicios en varias instituciones de salud, por lo cual no procede la condena a la indemnización moratoria ni por falta de consignación de cesantías¹(46:25 archivo “24.1Audiencia”).

¹ Siendo esta la oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por este Despacho en la fecha de hoy en el proceso que nos ocupa. En primer lugar, quiero indicar al Despacho que estoy de acuerdo con la parte que absolvió a la compañía, sin embargo, en la declaratoria de una relación laboral desde el 1 de marzo de 2012 hasta el 06 de octubre de 2017 la encuentro completamente equivocada, claramente determinada la existencia de un contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes, el cual, contrario lo que considera el Despacho no tiene por qué ser temporal, un contrato de prestación de servicios en ninguna norma civil ni laboral indica que debe tener una temporalidad, el contrato de prestación de servicios suscrito con el aquí demandante tenía un objeto claro que era la prestación del servicio de cirugía de tórax para pacientes atendidos en MEDERI, tal y como en efecto lo confesó el propio demandante que indicó que además de prestar servicios en MEDERI prestaba servicios, de manera simultánea y en las mismas ocupaciones en la CLÍNICA HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN RAFAEL, está claro, señor Juez, que también este contrato terminó de mutuo acuerdo entre las partes según documento allegado por él mismo, el demandante conocía claramente la naturaleza civil de este contrato, de hecho, durante toda la vigencia de la relación comercial que existió, el mismo demandante pagó sus aportes a seguridad social como independiente, lo que quedó demostrado

El **DEMANDANTE** solicitó declarar la unidad contractual considerando el periodo de 2008 a 2012, toda vez que la conciliación no puede afectar los derechos laborales ciertos, indiscutibles e irrenunciables, más aún cuando el demandante fue contratado para prestar siempre el mismo servicio, vínculo que se intentó ocultar con la vinculación a una cooperativa de trabajo asociado y luego con un contrato de prestación de servicios. Reclamó que la prescripción de las cesantías se debe contar tres años hacía atrás de la terminación del contrato de trabajo en 2017. Alegó que procede la indemnización por

con la historia de COLPENSIONES, que él mismo aportó como independiente y que él hacía sus propios aportes porque era un contratista independiente y lo tenía muy claro y el hecho que existan correos electrónicos no da una señal de existencia de una subordinación, por el contrario, si yo tengo una persona que me presta un servicio es normal que me cruce correos para ahí unos temas relacionados con el contrato y mucho más el doctor LÓPEZ, que era un especialista en cirugía de tórax que como él mismo dijo en su interrogatorio de parte y se ratificó en su interrogatorio de parte, son muy pocos los especialistas en cirugía de tórax existentes en el país, por lo tanto, el señor MARIO ANDRÉS LÓPEZ prestaba sus servicios de manera independiente y el cruce de correos no implicaba una subordinación como erróneamente lo tomó este Despacho. Considero de igual forma que durante todo el tiempo que este señor prestó el servicio como independiente, nunca presentó una reclamación tendiente a que esa contratación estuviera errada, la justificación que él da de que lo dejaban sin trabajo no es cierta, el señor nunca presentó ningún tipo de reclamo, escrito o virtual, donde señalará que esa contratación civil que él tenía estaba errada y se había convertido en un contrato de trabajo, es por ello que queda claramente determinado que mi representada en vigencia de esa relación civil que mantuvo hasta octubre de 2017 con el aquí demandante, actuó siempre con la más absoluta buena fe y sobre el convencimiento de la existencia de una relación civil y no una laboral y por eso se dio el manejo de firmar un contrato de prestación de servicios, que el demandante acreditara el pago de sus aportes a seguridad social como las normas tributarias lo exigen, presentara una cuenta de cobro que se pagaba conforme las disposiciones legales tributarias, de hecho, en documento allegados por el mismo demandante están los certificados de retención en la fuente realizados, por lo que es claro que lo que aquí existió fue un contrato de prestación de servicios. Frente el ataque que hace el señor Juez, su conclusión al inicio del fallo donde dice que mi representada es una entidad que presta servicios de salud y que el demandante por ser médico obviamente estaba ejecutando actividades inherentes al objeto social de mi representada, eso no es óbice para que exista o se concluya una relación laboral, porque como lo hemos reiterado varias veces el demandante era un especialista de cirugía de tórax, que es muy escaso y que prestaba servicios no solo a mi representada sino a otras entidades médicas, de manera simultánea, entonces esta completamente demostrado que aquí lo que se dio durante el 1° de marzo de 2012 al 06 de octubre de 2017, lo que se dio fue un contrato verdadero de prestación de servicios, donde el demandante siempre actuó con la autonomía e independencia que se debe. Ahora bien, sin reconocer derecho alguno a favor de la parte demandante, me quiero referir especialmente a la indemnización moratoria, el Juez concluye que no se logró demostrar la existencia de buena fe por parte de mi representada, considero que esta conclusión es completamente equivocada, toda vez que mi representada siempre actuó bajo la premisa de que firmó un contrato de prestación de servicios con un profesional, con una persona especialista, que tenía conocimiento claro de lo que estaba suscribiendo y cómo manejó durante todo el tiempo que duró el contrato vigente su relación con mi representada, pagaba sus aportes como independiente, se le hacían retenciones en la fuente, tenía otras empresas o entidades a las que le prestaba servicios de manera simultánea, por lo que era claro que mi representada siempre entendió que aquí estaba en una relación de tipo civil y no una de naturaleza laboral como declara el Juez. Este argumento aplica también para la indemnización por no consignación de cesantías, que es fulminada contra mi representada, toda vez que si bien es cierto que se ordena el pago de unas cesantías porque se declara la existencia de un vínculo laboral, también debió revisarse el tema de la buena fe en este caso, yo no podía pagar unas cesantías cuando siempre considere que había un contrato de prestación de servicios y no por ello ahora cuando hay una demanda, me condenan a mí a pagar una sanción por no consignación de cesantías la cual siempre creí que nunca se causó porque nunca hubo una relación laboral, por tanto, señor Juez, solicito que el honorable Tribunal revoque las condenas impuestas y se absuelva a mi representada de la totalidad pretensiones incoadas en esta demanda. Muchas gracias.

despido porque no se demostró ninguna justificación para terminar el contrato de prestación de servicios, de lo cual se concluye que cómo ese vínculo se declaró laboral entonces la **DEMANDADA** no acreditó ninguna justa causa para darlo por terminado. Indicó que conforme la sentencia C-781 de 2003, si se demanda la indemnización moratoria dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato, se debe ordenar 1 día de salario por cada día de mora sin límite alguno como mal hace la H. CSJ. Afirmó que no se debe declarar prescrita la indemnización por no consignación de cesantías para compensar el perjuicio que generó que durante toda la relación laboral no se consignaran cesantías, omisión que impidió generar rendimientos a favor del trabajador. Por último, reclamó que la **DEMANDADA** actuó de mala fe, reiterando que no se puede alegar la falta de exclusividad o reclamación para sostener que no hubo contrato de trabajo²(54:23 archivo “24.1Audiencia”).

² Me permito interponer recurso de apelación, bajo las siguientes consideraciones, contra la sentencia proferida por el Despacho. Aceptando que como lo manifestó el Juzgado el Demandante mantuvo una relación de carácter laboral, contrato realidad, con la CORPORACIÓN HOSPITALARIA JUAN CIUDAD, por las características del trabajo presentado y las circunstancias que se dieron y porque la parte demandada no pudo desvirtuar la presunción del artículo 24 CST, me permito discrepar de las decisiones del Juzgado en los siguientes puntos. Frente a los extremos de esa relación laboral decretada por el Despacho, me permito manifestar que a pesar de que el Juzgado consideró que la etapa del 2008 al 2012, que se prestó a través de una Cooperativa de Trabajo asociado, no se considera parte de esta relación laboral, porque uno no se demostró la prestación del servicio y en segundo lugar concilió con la Cooperativa correspondiente y no se pidió la nulidad de aquella conciliación, discrepo de la siguiente forma. Los derechos laborales consagrados tanto en la Ley como en la Constitución Nacional son derechos ciertos e indiscutibles, no se pueden conciliar derechos que realmente la misma Ley no permite hacerlo, cuando se celebra la conciliación que celebra la CTA, donde declaran que el demandante no tiene derecho al pago de prima, cesantía, intereses y demás, está desconociendo algo que es absoluta y totalmente cierto que es una sola relación laboral, que se vino a presentar desde el inicio de 2008, porque además en el mismo expediente se probó que el demandante fue contratado para un solo servicio, que fue el servicio de cirugía de tórax y la correspondiente INSTITUCIÓN HOSPITALARIA, en aras de disfrazar este contrato laboral, utilizó diferentes mecanismos como suscribir primero una cooperativa, segundo un contrato de prestación de servicios extendido, primero por 3 meses laborales que se extendieron una cantidad de tiempo, pero realmente la relación laboral se presentó en la totalidad de todo el tiempo prestado, desde el comienzo hasta el final y por lo tanto esa relación laboral incluyendo las etapas de la CTA cuya conciliación no debería tener ningún tipo de validez, porque contraría la realidad y los derechos ciertos e indiscutibles que empiezan desde 2008. Discrepo en ese sentido con la decisión del honorable señor Juez. También quiero plantear el tema de la prescripción, realmente estoy de acuerdo con el tema de la aplicación de la prescripción para efectos de la cesantía, claro en este caso deberá en el análisis de la relación laboral deberá analizarse si se considera que el contrato va desde 2008 se deben revisar las cesantías correspondientes de 2012 y las que el Juzgado ya decidió, pero realmente la contabilidad del tema de cesantías frente a lo decretado por el Juzgado, no me cuadra por el sentido de que la prescripción se plantea por tres años y el cuadro de la prescripción aquí se establece a partir de 2016 cuando el contrato termina en 2017, el contrato que declaró el Juzgado como indefinido, por ello las cesantías se deben contar desde 3 años hacia atrás, desde 2014, 2015, 2016 y 2017 y desde ese punto de vista no estoy de acuerdo con el planteamiento hecho por el Juzgado frente al tema de la prescripción y solicitó al Tribunal, al revisar la sentencia, se sirva verificar la declaratoria de prescripción y desde cuándo empieza a contar. Frente al tema de la indemnización por despido, realmente la aparente terminación del contrato de prestación de servicios no aparece ningún tipo de justificación para terminarlo, simplemente se acaba el contrato de prestación de servicios y se celebra uno laboral, no hay ninguna causal de terminación de ese contrato y si era

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDADA** solicitó acceder a su recurso de apelación, alegando que solo hubo una relación laboral del 07 de octubre de 2017 al 05 de marzo de 2018, ya que con anterioridad existió un contrato de prestación de servicios, valido, por el cual se prestó un servicio autónomo e independiente, tal y como se acreditó con el referido contrato, acta de terminación y demás documentos aportados, vínculo que celebró el **DEMANDANTE**

a término definido y de carácter laboral, entonces se terminó sin ninguna justa causa y al no haber una justa causa de terminación del contrato debería condenarse a pagar la indemnización porque la INSTITUCIÓN HOSPITALARIA no justificó de ninguna manera la terminación del contrato que va del año 2012 al 2017, según lo determinado por el Despacho, solicitó al Tribunal al momento de revisar la sentencia que considere la condena por indemnización por despido, teniendo en cuenta el periodo completo 2008 a 2017 pero en caso de que se confirme el periodo determinado por el Juzgado, considere la calificación de indemnización por despido por el periodo del contrato de prestación de servicios. Frente al tema de la indemnización moratoria, me permito manifestar 2 cosas, la primera a pesar de que la H. CSJ ha sostenido que la interpretación del artículo 65 CST es la que da el Juzgado en el sentido de que son 24 meses de salarios caídos o indemnización moratoria y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima, si uno lee el artículo y se estudia la sentencia C-781 de 2003, con la cual la H Corte Constitucional declaró inexecutable parte de ese artículo, se incluye que ña interpretación que la Corte Constitucional dio al artículo 65 CST, modificado por la Ley 789 de 2002, no es que si se presenta la demanda, preséntese cuando se presente, son 24 meses de indemnización moratoria y a partir del mes 25 intereses moratorios, lo que la H. Corte Constitucional hizo y lo dice la sentencia claramente es que si el demandante no presenta la demanda dentro de los 24 meses posteriores a la terminación de la relación laboral se condenará a pagar intereses moratorios a la tasa máxima, pero que si la presenta dentro de los 24 meses se aplicará la indemnización moratoria durante todo el tiempo porque es de la carga del demandante presentar la demanda dentro de los 24 meses, eso lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-781 y por eso reitero que mi posición aquí es que se tome lo que ha dicho la Corte Constitucional en la interpretación de la norma, como suprema autoridad constitucional y no lo que ha venido diciendo la H. CSJ que erróneamente interpreta el artículo 65 CST. Por último, frente al aporte al pago de los intereses de mora del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, estoy en desacuerdo en la declaratoria de la prescripción por la siguiente razón, la consignación de cesantías se hace en un fondo de cesantías para que ello produzca unos réditos e intereses, que debería producir a la cesantía para favorecer al trabajador, si esas cesantías no se consignan y no se ingresan al sistema de cesantías para producir beneficios al trabajador y al final de la condena se establece que se pagan la indemnización moratoria con prescripción, las cesantías van a perder lo que hubiera podido producir en el fondo correspondiente, por lo tanto, la condena a la indemnización moratoria que corresponde a una sanción que de alguna manera solventa la falta de haber consignado las cesantías en un fondo que iba a producir unos réditos, porque como empleador yo le puedo decir mañana que no reconozco la relación laboral y como no había relación laboral no consigne cesantías entonces perjudico al trabajador porque ahora le pago as cesantías correspondientes, en lo que estoy de acuerdo con el Despacho, pero no los intereses y réditos que hubieran producido las cesantías estando consignadas, porque hay queda el valor congelado y ese congelamiento se debe cubrir con la moratoria de las consignaciones de todo el tiempo que no se hizo, esa es la consideración que se debía tener para efectos de que el trabajador no salga perjudicado con la no consignación de cesantías. Por último, manifiesto estar de acuerdo con la manifestación del Juzgado de que existió una relación laboral entre las partes y que realmente el HOSPITAL sabía cuál era el tipo de relación que tenía a pesar de que formalmente estableció otro tipo de contrato, clarísimo que no se actuó de buena fe, la entidad usó diferentes mecanismos para tratar de ocultar una relación que al final era de carácter laboral, que el hecho de que el demandante laborara en otras entidades no significa que su contrato fuera de prestación de servicios, porque la exclusividad no es de la esencia del contrato, por eso nadie dice que uno no pueda tener varios contratos de trabajo, entonces esa no es una argumentación en ese sentido y si el demandante conocía o no conocía el contrato y que si no presentó reclamaciones quedó probado en el curso del proceso que el demandante manifestó en varias oportunidades inconformidad con el tema, pero para poder trabajar había un sometimiento a la entidad demandada y las condiciones le fueron impuestas.

sin ningún vicio en el consentimiento, quien presentó cuentas de cobro y se rigió al régimen tributario y legal de un servicio independiente, sin presentar reclamo alguno y sin que la vigilancia del servicio o que el servicio se preste en las instalaciones de la empresa constituya subordinación laboral, actuando la **DEMANDADA** siempre de buena fe. Agotado el término, el apoderado del **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos de los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el **DEMANDANTE** tiene derecho a que se declare que entre las partes hubo un contrato de trabajo de 2008 a 2017, que finalizó por despido, junto al reconocimiento de las acreencias e indemnizaciones laborales reclamadas o si por el contrario entre las partes existió una vinculación no laboral, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el 1° de julio de 2010 el demandante **MARIO ANDRÉS LÓPEZ ORDOÑEZ** celebró acuerdo cooperativo de trabajo asociado con la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SOLUCIONES Y SERVICIOS – SOLSER CTA, vínculo que finalizó el 1° de enero de 2012 (fl. 183 a 184, 188 a 189, 246 a 248); **ii)** el 1° de marzo de 2012 el **DEMANDANTE** suscribió contrato de prestación de servicios de salud con la demandada **CORPORACIÓN HOSPITALARIA JUAN CIUDAD**, el cual finalizó el 12 de octubre de 2017 (fl. 190 a 194, 252 a 262); **iii)** el 07 de octubre de 2017 las partes suscribieron contrato de trabajo a término fijo, el cual

finalizó por decisión unilateral sin justa causa del empleador el 05 de marzo de 2018 (fl. 200, 202, 270 a 277).

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el *a quo* declaró que entre las partes hubo un contrato de trabajo a término indefinido, condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías, indemnización moratoria, aportes a pensión, indexación de vacaciones, declaró parcialmente probadas las excepciones de prescripción, cosa juzgada y pago, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas.

El apoderado del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación y solicitó declarar la unidad contractual incluyendo el periodo de 2008 a 2012, ya que la conciliación no puede afectar los derechos laborales ciertos e indiscutibles del vínculo que intentó ocultar la **DEMANDADA**, así mismo, declarar que la prescripción de las cesantías fue 3 años hacia atrás de 2017, condenar a la indemnización por despido, liquidar la indemnización moratoria sin el límite temporal de 24 meses y no declarar prescrita la indemnización por no consignación de cesantías.

Por su parte, el apoderado de la **DEMANDADA** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar las condenas, toda vez que del 1º de marzo de 2012 al 06 de octubre de 2017 hubo un verdadero contrato de prestación de servicios profesionales, sin que ninguna norma civil o laboral limite su temporalidad, más aún cuando el **DEMANDANTE** prestó su servicio en otras instituciones de salud, pagó sus aportes, nunca se opuso a la modalidad contractual ni presentó reclamos, radicó cuentas de cobro y permitió la retención en la fuente, sin que el cruce de correos o realizar el servicios en instalaciones del contratante implique subordinación laboral, ya que el contratista fue autónomo e independiente. De forma subsidiaria, solicitó revocar la condena a las indemnizaciones por falta de consignación de cesantía y moratoria, ya que la **DEMANDADA** actuó de buena fe bajo la premisa de que el contrato que firmó no era laboral.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación conforme las siguientes consideraciones:

- **Principio de primacía de la realidad sobre las formas y el contrato de trabajo.**

El artículo 53 constitucional consagra la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 CST define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona, bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 CST establece los tres elementos esenciales del contrato de trabajo: **i)** actividad personal, **ii)** la continua subordinación y **iii)** un salario como retribución del servicio, por lo que reunidos dichos elementos hay contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni condiciones o modalidades que se le agreguen.

Así las cosas, en un contrato de trabajo una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a favor de otra persona, bajo la continua subordinación de aquella, quien a cambio le paga un salario. Por tanto, es empleador quien ejerce la facultad de subordinación sobre el trabajador, al poderle exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos.

En cuanto al aspecto probatorio, el artículo 24 CST consagra la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Siguiendo dicha norma, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indica que basta que el promotor del proceso acredite la prestación personal del servicio para beneficiarse de la anterior presunción, correspondiendo al demandado desvirtuarla demostrando que no se reúnen los elementos restantes del contrato de trabajo, a saber: la remuneración y subordinación y, de no lograrlo, procede declarar la existencia del contrato, conforme ha sido reiterado en las sentencias

SL2480 de 2018, SL2608 de 2019, SL3616 de 2020, SL2775 de 2021, SL3345 de 2021, SL3695 de 2021, SL628 de 2022 entre otras.

No son pocos los litigios donde se controvierte un contrato o relación jurídica, a fin de que se declare que su verdadera naturaleza es laboral, en especial respecto de los contratos de prestación de servicios personales. Sobre el tema, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, señala que es fundamental establecer si hubo subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos a quien presta el servicio, o si por el contrario la actividad se ejerció de manera autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinación de horarios, solicitud de informes e inclusive fijar medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación propia del contrato de trabajo, siempre y cuando dichos actos no desborden la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4347 de 2020, SL2626 de 2021, SL3324 de 2021, SL658 de 2022, entre otras.

Atendiendo los antecedentes normativos expuestos, pasa la Sala a resolver el recurso de apelación de la **DEMANDADA**, quien alega que no hubo contrato de trabajo entre el 1º de marzo de 2012 al 06 de octubre de 2017, ya que el **DEMANDANTE** prestó sus servicios de forma autónoma e independiente, acogándose al régimen legal de un trabajador independiente.

Revisado el expediente, no hay duda de que el 1º de marzo de 2012 el **DEMANDANTE** suscribió contrato de prestación de servicios de salud con la demandada **CORPORACIÓN HOSPITALARIA JUAN CIUDAD**, el cual finalizó el 12 de octubre de 2017 (fl. 190 a 194, 252 a 262). A su vez, el doctor JESÚS FERNANDO LÓPEZ, representante legal de la **DEMANDADA**, reconoció en interrogatorio que el **DEMANDANTE** prestó sus servicios mediante contrato de honorarios,

modalidad que se mantuvo hasta que se suscribió el contrato de servicios laborales (16:03 archivo “21.1Audiencia”).

Los anteriores elementos de prueba permiten concluir que el **DEMANDANTE** acreditó que del 1º de marzo de 2012 al 06 de octubre de 2017 prestó su servicio como cirujano especialista en tórax a la **DEMANDADA**, lo cual activa la presunción de existencia del contrato de trabajo del artículo 24 CST, correspondiendo a la **DEMANDADA** desvirtuarla, tal y como ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL2480 de 2018, SL2608 de 2019, SL3616 de 2020, SL2775 de 2021, SL3345 de 2021, SL3695 de 2021, SL628 de 2022 entre otras.

En su recurso de apelación, la **DEMANDADA** alegó que entre las partes hubo un contrato de prestación de servicios, por el cual el **DEMANDANTE** prestó su servicio de forma autónoma e independiente, pues no prestó su servicio de forma exclusiva, pagó sus aportes, radicó cuentas de cobro, permitió la retención en la fuente y no presentó reclamos, sin que ninguna norma civil o laboral limite la vigencia máxima de dicho contrato y sin que cruzar correos o realizar el servicio en las instalaciones del contratante implique subordinación.

Respecto los anteriores reproches, sea lo primero indicar que no existe norma alguna que fije una temporalidad máxima al contrato de prestación de servicios, siendo el criterio determinante para establecer si dicha figura pretende encubrir una relación laboral la existencia de subordinación.

Revisados los documentos y demás pruebas allegadas al proceso, se advierte que el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes establece que el **DEMANDANTE** prestará el servicio de cirugía de tórax a los pacientes atendidos en MÉDERI, actividad que se prestará en el consultorio propiedad de la **DEMANDADA** ubicado en el HOSPITAL UNIVERSITARIO MAYOR u HOSPITAL UNIVERSITARIO DE BARRIOS UNIDOS, conforme la necesidad de MÉDERI (fl. 190 a 194).

El precitado contrato establece indicadores de la medición del servicio, a saber, la consulta externa no mayor a 7 días, cirugía programada con oportunidad entre 0 a 7 días, porcentaje de respuesta de quejas no menor al 90% en los 5 días siguientes al recibido, infección en sitio operatorio de 2,5% a 3,5%, operación de 0 a 6 horas siguientes a programada, evolución diaria de los pacientes incluyendo festivos y fines de semana y finalmente participar en actividades de docencia o educación. De otra parte, el contrato indica que en caso de imposibilidad justificada del contratista para atender al usuario en la fecha y hora programada, deberá informar al usuario con mínimo 8 horas de antelación.

El precitado contrato también consagra la supervisión y control del contrato a cargo del Jefe de Clínicas Quirúrgicas de MÉDERI o quine haga sus veces, quien supervisa el cumplimiento a satisfacción del servicio en las condiciones exigidas para efecto del pago al contratista. Así mismo, se fijó que el contrato no se puede ceder ni subcontratar el servicio, salvo autorización expresa de MÉDERI.

Considerando las condiciones pactadas para la prestación del servicio, no hay duda de que el **DEMANDANTE**, como contratista, tiene unos plazos de oportunidad para prestar su servicio, entre ellos, la evolución diaria de todos los pacientes incluyendo festivos y fines de semana.

En tal sentido, el propio **DEMANDANTE**, al rendir interrogatorio, manifestó que prestaba su servicio desde las 6am, atendiendo la parte académica de los estudiantes de pregrado o posgrado de medicina, luego atendía pacientes y cirugía desde la 7am y “*hasta la hora que terminara*”, de lunes a sábado, pero si llegaba accidente o urgencia o si le tocaba operar debía atender al paciente a la hora que fuera (01:02:02 archivo “21.1Audiencia”).

La anterior manifestación es relevante, al permitir inferir que la **DEMANDADA** no fijó un horario para que el **DEMANDANTE** cumpliera

sus obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios, por cuanto la necesidad del contratista de asistir de lunes a sábado desde las 6am y hasta cuanto terminará fue necesaria para atender y cumplir los servicios que asumió como cirujano de tórax y no por imposición directa de la **DEMANDADA**.

La anterior conclusión se refuerza con los demás elementos de prueba allegados al expediente, empezando por la propia manifestación del **DEMANDANTE**, quien en su interrogatorio indicó que la cirugía de tórax es compleja, por lo cual la intervención que menos dura es de 3 horas y hay algunas que inclusive duran 12 horas, por lo que de lunes a sábado, luego de dar la clase de 6am, pasaba a revisar a los pacientes hospitalizados y daba concepto de los pacientes nuevos y realizaba cirugía, atendiendo un promedio de 6 a 8 pacientes nuevos más los hospitalizados, por lo cual lo más temprano que salía era a la 1pm, pero que usualmente podía levantar su labor hasta las 6pm o 8pm, salvo que llegara accidente, urgencia o paciente de cuidado intensivo que debía ser atendido a la hora que fuera (01:05:32 archivo “21.1Audiencia”).

Conforme la manifestación del **DEMANDANTE**, el tiempo de servicio de cirugía de tórax estaba supeditado a las condiciones del servicio y no a un horario fijo establecido por el contratante, ya que la asistencia del **DEMANDANTE** lo era para cumplir los tiempos, en horas o días, para atender con oportunidad el servicio conforme el contrato, al punto que una vez finalizaba cirugía, el **DEMANDANTE** levantaba su actividad y se iba del Hospital, sin que hubiera una hora fija de salida.

Lo anterior concuerda con la manifestación del doctor JESÚS FERNANDO LÓPEZ, representante legal de la **DEMANDADA**, quien en su interrogatorio manifestó que fue diferente el modo como el **DEMANDANTE** prestó su servicio en vigencia del contrato de prestación de servicios profesionales y del contrato de trabajo, por cuanto en el primero de ellos el servicio se prestaba cuando era

solicitado y el valor facturado del servicio dependía de lo que se realizaba, mientras que el contrato de trabajo había un horario preestablecido de 2 horas diarias y el **DEMANDANTE** debía permanecer hubiera o no cirugía (44:02 archivo “21.1Audiencia”).

Por su parte, el doctor FELIPE ENRIQUE VARGAS BARATO, jefe de clínicas quirúrgicas de MÉDERI, rindió testimonio en el cual señaló que desde 2015 asumió dicho cargo y por ello conoció de la vinculación del **DEMANDANTE**, quien tenía un contrato de prestación de servicios para atender pacientes y si no tenía cirugías podía irse a prestar servicios en otros hospitales, motivo por el cual a veces tocaba llamarlo porque ya no estaba en la sede de la **DEMANDADA**, circunstancia por la cual cuando se celebró el contrato de trabajo en 2017 se fijó un horario de solo 2 horas, porque ya sabían que él no iba a estar todo el día en la sede, reconociendo que en caso de cirugías largas de más de 4 horas se reconocía, además de las 2 horas, la productividad, aclarando que la jornada solo remuneraba las actividades que no devengan dinero u honorarios, como la valoración de pacientes, mientras que la cirugía se pagaba por productividad (01:36:30 archivo “21.1Audiencia”).

El precitado testigo también reconoció diferencias en el servicio del **DEMANDANTE** durante el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, asegurando que antes de la relación laboral no se tenían vacaciones, pero el contratista, por cortesía y responsabilidad, avisaba cuando iba a ir a congresos o a tomar un descanso para gestionar los cambios en las agendas, además, diferenció el contrato laboral asegurando que en este sí se debían asignar vacaciones y se podía hacer seguimiento estricto del cumplimiento de horario, mientras que en el contrato de prestación de servicios cuando habían actividades de formación el contratista podía no asistir a aquellas y en casos de ausencia, en el contrato de trabajo se modificaban la jornadas de consulta mientras que en el de servicios se cancelaban las consultas y se reprogramaban hasta cuando volviera el especialista (01:40:28, 01:46:05 archivo “21.1Audiencia”).

De otra parte, el testimonio de MARIO ENRIQUE GONZÁLEZ MOJICA, solicitado por la parte demandante, si bien indicó que conoció al **DEMANDANTE** porque fue su docente médico de 2008 a 2012, esto es, en un periodo anterior al contrato de prestación de servicios, también manifestó que el **DEMANDANTE** podía hacer la consulta externa de pacientes fuera de las instalaciones de la **DEMANDADA** (01:56:41 archivo “21.1Audiencia”).

A su vez, la testigo MARÍA EDILMA MESA, quien laboró como instrumentadora quirúrgica en la **DEMANDADA** entre 2009 y 2013, indicó que conoció al **DEMANDANTE** porque era cirujano y asistía a los procedimientos quirúrgicos programados y de urgencia, advirtiendo que también estaba el doctor JULIO CESAR GRANADA y que cuando no iba uno iba el otro médico (02:08:15 archivo “21.1Audiencia”).

Las pruebas testimoniales e interrogatorios permiten observar que el **DEMANDANTE** era autónomo para el desarrollo de su servicio como cirujano de tórax, sin que la jornada utilizada para prestar dicha actividad hubiera sido impuesta por la **DEMANDADA**, por cuanto correspondía al tiempo necesario para cumplir el servicio conforme las condiciones de oportunidad contratadas, a la vez que el **DEMANDANTE** era autónomo para gestionar los cambios en su agenda o prestar servicios a otras instituciones de salud, por cuanto se iba de las instalaciones de la **DEMANDADA** una vez finalizaba las cirugías.

La anterior conclusión concuerda con las pruebas documentales aportadas al proceso, a saber, las impresiones de correos electrónicos, frente los cuales alegó la **DEMANDADA** en su apelación que son instrucciones que no acreditan subordinación laboral, documentos que serán valorados conforme el aparte final del artículo 247 CGP.

Revisadas dichas impresiones, reflejan las comunicaciones entre el **DEMANDANTE** y la **DEMANDADA** para llevar a feliz término el contrato de prestación de servicio suscrito entre ellas, por lo cual no

pueden ser tomadas como signos representativos de subordinación laboral, conforme la posición de la H. CSJ de que las instrucciones, coordinación, solicitud de informes y medidas de supervisión y vigilancia que no desborden la autonomía o independencia de quien no es un trabajador no constituyen subordinación laboral, conforme las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4347 de 2020, SL2626 de 2021, SL3324 de 2021, SL658 de 2022, entre otras.

En efecto, al revisar las piezas documentales la Sala advierte:

- a) Los correos del 09 y 10 de abril de 2012 tratan sobre la respuesta dada por la **DEMANDADA** a una queja del **DEMANDANTE** derivada de una glosa impuesta por una EPS por no diligenciamiento ni aprobación de CTC de una tecnología de salud NO POS y no a una orden en ejercicio de subordinación laboral (fl. 41 a 43).
- b) Los correos del 08 y 15 de febrero de 2011 tratan sobre la consulta de la **DEMANDADA** al **DEMANDANTE** sobre los contenidos de cirugía de tórax expuestos en el portal de MÉDERI, sin que ello implique una orden propia de una relación laboral, además de ser una fecha anterior al contrato de prestación de servicios (fl. 46 a 47).
- c) Los correos del 21 de febrero de 2011 tratan sobre requerimientos de historia clínica por falta de descripción quirúrgica o nota operatoria, siendo una obligación del contratista el correcto diligenciamiento de aquella, conforme la cláusula sexta del contrato de prestación de servicios, por lo cual exigir el cumplimiento no equivale a subordinación laboral, además de ser una fecha anterior al contrato de prestación de servicios (fl. 48 a 49, 153 a 154).
- d) Correos del 21 de junio de 2011, 14 de julio de 2011 requiriendo al **DEMANDANTE** informar su programación de consulta externa para agendar y programar citas, lo que evidencia que la **DEMANDADA** no fijaba unilateralmente la agenda de citas sino consultaba al **DEMANDANTE**, además de ser una fecha anterior al contrato de prestación de servicios (fl. 50, 147).
- e) Correo del 23, 27 y 28 de marzo de 2012 sobre definición de glosas de cirugía de tórax, relativos a una validación del

procedimiento para emitir CTC sobre procedimiento NO POS y no a una orden propia de una relación laboral (fl. 54 a 56, 113 a 119).

- f) Correos del 10, 13 y 20 de diciembre de 2013 sobre inquietudes en manejo clínico de paciente, sin que tramitar dichas inquietudes corresponda a subordinación laboral (fl. 57 a 62).
- g) Correos del 27 de febrero de 2014 y 06, 07 y 10 de marzo de 2014, sobre la posibilidad de crear nuevas tarifas de procedimientos, sin que dicha consulta equivalga a una orden laboral (fl. 63 a 70).
- h) Correos del 19 de febrero de 2014 y 1° de abril de 2014 informando la cancelación de rotación de estudiantes de la UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA, sin que dicho reporte se catalogue como un acto de subordinación (fl. 71 a 76).
- i) Correo del 19 de septiembre de 2016 y del 1° de marzo de 2017 sobre la oportunidad en consultas e interconsultas, sin que ello corresponda a subordinación sino a una instrucción para el cumplimiento de la prestación del servicio en las condiciones de oportunidad fijadas en el contrato de prestación de servicios (fl. 77 a 81, 173 a 177).
- j) Correo del 28 de abril de 2016 donde el **DEMANDANTE** informa que tomará un descanso y solicita vincular un cirujano de tórax, sin que la respuesta de la **DEMANDADA** de que debe solicitar el reemplazo al doctor GRANADA antes de decidir una contratación de un tercero implique subordinación laboral, ya que se aprecia que el **DEMANDANTE** es libre de acordar el reemplazo y en todo caso la **DEMANDADA** no fija unilateralmente las condiciones del mismo como haría un empleador (fl. 82).
- k) Informe de cirugías, el cual al parecer corresponde a una tabla en formato Excel que no se aportó en formato digital, sino que se imprimió, lo cual desajustó la forma de presentación de la misma y, que en todo caso, se limita a acreditar el número y tipo de cirugías sin describir que durante la realización de las mismas la **DEMANDADA** haya ordenado al **DEMANDANTE** el modo, tiempo o forma como debía realizar intervenciones (fl. 85 a 104, 107 a 112).

- l) Formato de agendas médicas de junio, sin indicar año, que indica que el demandante tiene 12 horas programadas, sin que ello acredite que durante la programación la **DEMANDADA** haya impuesto unilateralmente las condiciones al **DEMANDANTE** (fl. 105 a 106).
- m) Comprobantes de pagos y de retenciones, que solo acreditan el pago sin demostrar las condiciones en que se desarrolló el servicio entre las partes (fl. 120 a 146).
- n) Correos del 12 de enero de 2012 en el cual la **DEMANDADA** solicitó al **DEMANDANTE** confirmar las consultas de febrero de 2012, lo que evidencia que la **DEMANDADA** no fijaba unilateralmente la agenda de citas sino consultaba al **DEMANDANTE** (fl. 149).
- o) Correo del 09 de febrero de 2015 confirmando la agenda de cirugía de tórax en marzo de 2015, sin que ello acredite que la **DEMANDADA** impuso dichas condiciones (fl. 151 a 152).
- p) Correo del 13 de agosto de 2014 y 22 de agosto de 2016 citando a reunión obligatoria para tratar temas como presentación de presupuesto, proceso NO POS e informes de actividades e indicadores, sin que dicha medida de coordinación implique subordinación laboral al tratarse de una actividad dirigida a procurar el correcto desarrollo de la relación contractual entre las partes (fl. 155 a 156, 165 a 167).
- q) Correo del 09 de octubre de 2015 informando el uso de un formato para calificar residentes dispuesto por la UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, sin que dicha medida de coordinación implique subordinación laboral al tratarse de una actividad dirigida a procurar el correcto desarrollo de la relación contractual entre las partes (fl. 157 a 158).
- r) Correo del 10 de diciembre de 2015 donde el **DEMANDANTE** informa la forma como se cubre el servicio de cirugía de tórax y propone contratar un tercero para permitir unos días de disfrute, de lo cual se advierte que el **DEMANDANTE** tenía la posibilidad de acordar las condiciones como se iba a prestar el servicio en su ausencia (fl. 159).

- s) Correo del 10 de junio de 2016 solicitando pólizas de los contratos de prestación de servicios (fl. 160 a 163).
- t) Correo del 06 de julio de 2016 donde la **DEMANDADA** informa las condiciones para la contabilización del tiempo de uso de consultorio, sin que la mera coordinación de horarios o instrucciones para desarrollar actividades conlleve a subordinación laboral conforme lo indicado por la H. CSJ (fl. 164).
- u) Correo del 14 de septiembre de 2016 informando la llegada de los especialistas a sala de cirugía luego de la hora asignada de 7:00am, incluyendo al **DEMANDANTE**, sin que la coordinación de horarios para desarrollar actividades conlleve a subordinación laboral conforme lo indicado por la H. CSJ (fl. 168 a 172).
- v) Correo del 26 de diciembre de 2016 informando sobre interconsultas de respuesta programada sin firma, sin que ello corresponda a subordinación sino a una instrucción para el cumplimiento de la prestación del servicio en las condiciones de oportunidad fijadas en el contrato de prestación de servicios (fl. 178 a 179).

Así las cosas, la revisión de los medios de prueba permiten acceder a la súplica de la **DEMANDADA** de que servicio del **DEMANDANTE**, durante el contrato de prestación de servicios vigente del 1º de marzo de 2012 y el 12 de octubre de 2017, fue autónomo e independiente, por cuanto los medios de pruebas permiten desvirtuar la presunción de existencia de contrato de trabajo, por cuanto la **DEMANDADA** no ejerció actos de subordinación sobre el contratista.

- **Recurso de apelación del DEMANDANTE.**

El **DEMANDANTE** también presentó recurso de apelación, por el cual solicitó declarar la unidad contractual considerando el periodo de 2008 a 2012 y también reclamo que la conciliación celebrada entre las partes no es válida porque afectó derechos laborales ciertos, indiscutibles e irrenunciables.

Sea lo primero indicar que no es viable acceder a la unidad de contrato, por cuanto ya se indicó que el periodo en el cual hubo un contrato de prestación de servicios entre las partes no será considerado como una relación laboral (1° de marzo de 2012 y el 12 de octubre de 2017), motivo por el cual entre el periodo reclamando por el **DEMANDANTE** de 2008 a 2012 y de 2017 a 2018 hay una solución de continuidad de 5 años que impide configurar la unidad contractual.

En cuanto la súplica de no considerar la conciliación, se allegó copia del acta de conciliación 61 del 27 de febrero de 2012, suscrita entre el **DEMANDANTE**, la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SOLUCIONES Y SERVICIOS – SOLSER CTA y la **DEMANDADA**, por la cual ratificaron que el **DEMANDANTE** fungió como trabajador asociado de la CTA y que ésta celebró un contrato de servicio con la **DEMANDADA**, sin que dicha relación hubiera derivado en una relación laboral entre el trabajador asociado y la CTA o el tercero donde la cooperativa prestó servicios (fl. 249 a 251).

Dicha conciliación tiene efecto de cosa juzgada, al cumplir con el artículo 19 de la Ley 640 de 2001, que indica que puede ser conciliada toda materia susceptible de transacción, desistimiento o conciliación, al igual que el artículo 2470 CC, que establece que solo puede transigir la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en dicho acto, sin que dicho acto afectara al principio de irrenunciabilidad de los derechos y garantías laborales mínimas, consagrado en el artículo 53 constitucional; 13, 14 y 15 CST, al versar la conciliación sobre derechos inciertos y discutibles.

En efecto, al momento en que se celebró la conciliación (27 de febrero de 2012), no había ninguna evidencia contundente de que el trabajo cooperativo prestado por el **DEMANDANTE** en SOLSER CTA hubiera encubierto una verdadera relación laboral con la **DEMANDADA**, por tanto, era válido conciliar todo reclamo relativo a derechos inciertos y discutibles derivados de dicha relación cooperativa.

Ahora bien, en gracia de discusión, el hecho de que la COOPERATIVA SOLSER CTA hubiera celebrado un contrato de prestación de servicios con la **DEMANDADA** para que sus trabajadores cooperados desarrollaran la actividad misional de prestar servicios médicos a sus pacientes, entre ellos la cirugía de tórax, no implica *per se* que la conciliación no sea válida, por cuanto la H. Sección Segunda de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en la sentencia 11001-03-25-000-2011-00390-00(1482-11) del 19 de febrero de 2018, declaró nulo el artículo 2° del precitado Decreto, que prohibía de forma absoluta la contratación de procesos o actividades misionales permanentes con precooperativas o cooperativas de trabajo asociado, por cuanto indicó que dicha actividad es lícita conforme el Decreto 4588 de 2006, si no se incurre en intermediación laboral para vulnerar derechos laborales.

Del mismo modo, como no se acreditó que durante el periodo en que el **DEMANDANTE** actuó como trabajador cooperado, la **DEMANDADA** hubiera ejercido actos de subordinación sobre aquel, ni que SOLSER CTA hubiera actuado como empresa de servicios temporales desconociendo lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, no hay mérito alguno para acceder a la súplica del recurso de apelación del **DEMANDANTE**.

Tanto es así que el representante legal de la **DEMANDADA**, doctor Jesús Fernando López, en su interrogatorio señaló con era la CTA SOLSER y no el **DEMANDANTE** directamente, quien debía presar el servicio de cirugía de tórax, sin perjuicio de que por temas de inmediatez propios del servicio médico se dieran comunicaciones al trabajador asociados, para dar instrucciones generales y verificar que en un servicio de salud no se pudiera hacer todo lo que el asociado quisiera (23:36 y 38:11 archivo “21.1 Audiencia”).

De otra parte, el propio **DEMANDANTE** aseguró en su interrogatorio que durante todo el tiempo que ha desarrollado

actividades como cirujano de tórax en la **DEMANDADA** siempre ha prestado las mismas labores en las mismas condiciones (01:03:25 archivo “21.1Audiencia”), de lo cual se concluye que si la Sala encontró mérito suficiente para declarar desvirtuada la presunción de contrato de trabajo durante la vinculación con contrato de prestación de servicios, también hay mérito para aplicar los mismos argumentos expuestos por esta Corporación para concluir que no ha habido subordinación durante el tiempo que el **DEMANDANTE** actuó como trabajador cooperado.

Como quiera que se rechazarán las solicitudes de unidad contractual e ineficacia de la conciliación, a la vez que se revocará la declaratoria de contrato realidad por el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2012 y el 06 de octubre de 2017, no hay mérito alguno para pronunciarse sobre las demás suplicas del recurso de apelación del **DEMANDANTE**, las cuales corresponden a inconformidades por la no condena de acreencias y sanciones laborales, cuya procedencia quedo desvirtuada al declararse que el contrato de prestación de servicios no configuró una relación laboral.

- **Conclusión.**

La Sala accederá al recurso de apelación de la **DEMANDADA** y revocará la declaratoria de contrato realidad, a la vez que rechaza las suplicas del recurso de apelación del **DEMANDANTE**, motivo por el cual se revocará la sentencia de primera instancia.

Costas de primera instancia a cargo de la parte demandante y deberán ser liquidadas por el *a quo*. Sin costas en esta instancia.

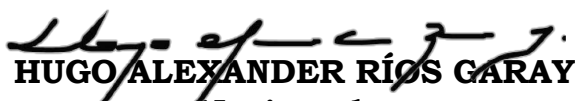
En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS de primera instancia a cargo de la parte demandante y deberán ser liquidadas por el *a quo*. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada.
(Ausente por incapacidad médica)



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 11 2018 00549 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2020, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al reconocimiento y pago de la reliquidación de una pensión de vejez.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LUZ STELLA CASAS DE KUAN, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con el fin de que se declare que tiene derecho a la reliquidación de la pensión reconocida mediante Resolución N° 4933 del 17 de febrero de 2006. Como consecuencia de lo anterior, pide que se condene a la demandada a reliquidar la pensión de vejez reconocida teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes del

último año de servicios, retroactivo de las diferencias causadas, indexación y costas del proceso.

De manera subsidiaria solicita que se condene a la demandada a reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes de los tres últimos años de servicios, o de los diez últimos años.

Fundamentó las pretensiones en que mediante Resolución N° 4933 del 17 de febrero de 2006 el ISS le reconoció una pensión de vejez a partir del 1° de diciembre de 2005, en cuantía inicial de \$2.370.365; que posteriormente con Resolución N° 28027 del 17 de julio de 2006, la entidad reliquidó la prestación en la suma de \$2.580.344; que el día 3 de junio de 2008 se reincorporó al servicio público como Director Aeronáutico Regional III en la Dirección Aeronáutica de Cundinamarca y por ello solicitó al ISS hoy COLPENSIONES la suspensión del pago de la pensión. Señaló que ocupó dicho cargo hasta el 30 de agosto de 2009 y desde su ingreso hasta su retiro realizó aportes a pensión; que el 1° de septiembre de 2009, se vinculó a la Secretaría Distrital de Integración Social como Directora Corporativa y permaneció en dicho cargo hasta el día 17 de noviembre de 2011; que el 18 de noviembre de 2011 solicitó a la demandada la reliquidación de su pensión; que mediante Resolución GNR 357025 del 13 de diciembre de 2013, la demandada negó la solicitud, que interpuso los recursos de ley y estos también se resolvieron de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con la condición de pensionada de la demandante y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad

de los actos administrativos, prescripción, compensación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 147 a 161).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 23 de noviembre de 2020, condenó a la demandada a reliquidar la pensión de vejez de la demandante.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que la ciudadana LUZ STELLA CASAS le asiste el derecho al reconocimiento de la reliquidación de su pensión de vejez a partir del 17 de noviembre del año 2011, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la aquí demandante LUZ STELLA CASAS, identificada con CC. N° 41.556.111, a partir del 17 de noviembre de 2011 en cuantía inicial de \$4.753.806 por trece mensualidades al año más los incrementos de ley, conforme a lo expresado en la parte considerativa de esta sentencia. **TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES al pago de las diferencias pensionales, entre la aquí reconocida y la que viene percibiendo, junto con el retroactivo pensional liquidado entre el 17 de noviembre del año 2011 y el 31 de octubre del año 2020, el cual asciende a la suma de \$188.330.475, el cual se deberá sufragar de manera indexada a la fecha de pago y descontando lo correspondiente a los aportes al sistema general de seguridad social en salud. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones planteadas por la pasiva, particularmente la de prescripción, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: CONDENAR** a la demandada al pago de las costas procesales.

*Liquidense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.900.000, valor en que se estiman las agencias en derecho, de conformidad con los argumentos normativos esbozados en la parte motiva de esta providencia. **SEXTO:** Remitir la presente decisión al honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en caso no ser apelada oportunamente por esta entidad y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal esbozados en la parte motiva de esta sentencia.”*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente ordenar la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante. Para resolverlo indicó que resulta procedente reliquidar la prestación de la actora teniendo en cuenta los el IBL de los últimos 10 años, por ser ésta la forma que dispone la Ley 100 de 1993 para liquidar las pensiones que se reconocen en virtud del régimen de transición. Señaló que al efecto debe tenerse en cuenta hasta la última semana cotizada, es decir que pueden incluirse las cotizaciones realizadas con posterioridad al reconocimiento de la pensión, por el tiempo servido al sector público, en aplicación de los principios de solidaridad y progresividad que rigen el sistema de seguridad social.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que en virtud de lo definido en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, la demandante no era afiliada obligatoria al sistema de pensiones, en cuanto ya tenía cumplidos los requisitos definidos para acceder a una pensión de vejez e incluso ya se le había reconocido la prestación, que por esta razón no debía efectuar cotizaciones a pensión una vez se dio su reingreso al servicio, pues ya tenía cubierto el riesgo de vejez. Aduce que la condición de pensionada de la

demandante genera una imposibilidad de la reliquidación de la pensión, teniendo en cuenta tiempos cotizados con posterioridad al reconocimiento del derecho, que de todas formas en virtud de lo definido en el artículo 11 del Decreto 542 de 1977, la demandante tampoco tendría derecho a la reliquidación, pues no fue funcionaria de la Rama Judicial ni del Ministerio Público y tampoco realizó cotizaciones por más de tres años en el último periodo a estas entidades, para poder reconocer la reliquidación que se reclama.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones para solicitar que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante, no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Una vez se verifican los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de la demandada.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente la reliquidación de la pensión de la demandante, teniendo en cuenta para el efecto las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha del reconocimiento de la pensión.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 15 de enero de 1950 (Cd. 1 expediente administrativo); **ii)** que mediante Resolución N°004933 del 17 de febrero de 2006, el ISS hoy COLPENSIONES reconoció a la demandante una pensión de vejez bajo los lineamientos de la Ley 100 de 1993, a partir del 1° de diciembre de 2005, en cuantía inicial de \$2.370.365 (Cd. 1, expediente administrativo); **iii)** que mediante Resolución N° 028027 del 17 de julio de 2006, la demandada reliquidó la pensión de la actora en la suma inicial de \$2.580.344, a partir del 1° de diciembre de 2005 (Cd. 1, expediente administrativo); **iv)** que con posterioridad al reconocimiento de la pensión prestó servicios a la Aeronáutica Civil entre el 3 de junio de 2008 y el 30 de agosto de 2009 (fl. 43); **v)** que prestó servicios a la Secretaría Integración Distrital entre el 1° de septiembre de 2009 y el 17 de noviembre de 2011 (fl. 51); **vi)** que el 18 de noviembre de 2011, solicitó al ISS hoy COLPENSIONES la reliquidación de la pensión de vejez, con inclusión de las cotizaciones realizadas con posterioridad al reconocimiento de la prestación (fl. 56); **vii)** que mediante Resolución GNR 357025 del 13 de diciembre de 2013, la demandada negó la reliquidación solicitada (fls. 91 y 92).

- Reliquidación de la pensión de vejez

Solicita la demandante la reliquidación de su pensión de vejez, teniendo en cuenta al efecto los aportes realizados por la prestación del servicio a entidades públicas, con posterioridad al reconocimiento y disfrute de la pensión de vejez.

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, resulta pertinente recordar el contenido del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, disposición que permite que un afiliado continúe cotizando al sistema de pensiones, después de reunidos los requisitos que define la ley para causar el derecho a la pensión de vejez. La referida

norma, también establece que la obligación de cotizar cesa en el momento en que se reúnen los requisitos para causar el derecho a la pensión o cuando el afiliado se pensiona por invalidez o anticipadamente.

Del contenido de la disposición normativa referida, deduce la Sala que la posibilidad de continuar realizando cotizaciones al Sistema General de Pensiones se predica únicamente respecto de aquellas personas que tienen la condición de afiliados y no de los que ya tienen o han adquirido la condición de pensionados.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 2718-2019, al resolver un caso de contornos similares, definió que cuando la entidad de seguridad social reconoce la pensión de vejez, la persona queda jurídicamente desafiliada del sistema y por ello las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha en que se adquirió la condición de pensionado, no pueden ser tenidas en cuenta para incrementar el valor del ingreso base de liquidación, ni para aumentar la tasa de remplazo, pues para ese momento ya se ha perdido la condición de afiliado para obtener la de pensionado. Agrega la Corte, que ese es el entendimiento del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que se armoniza con lo previsto en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, en cuanto una vez la persona solicita el reconocimiento de la pensión y ésta es efectivamente reconocida, cesa la condición de afiliado y la de cotizar al sistema para riesgos no amparados por la entidad.

Teniendo en cuenta el anterior referente normativo y jurisprudencial, la Sala revocará la sentencia de primera instancia que ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante, con inclusión de los tiempos cotizados con posterioridad a la fecha en que adquirió el estatus de pensionada.

Para llegar a la anterior conclusión, se advierte que la demandante LUZ STELLA CASAS DE KUAN, el 1° de marzo de 2005,

solicitó al ISS hoy COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, y dicha entidad mediante Resolución N° 004933 del 17 de febrero de 2006, reconoció la prestación a partir del 1° de diciembre de 2005, en la suma inicial de \$2.370.365 (Cd. 1, expediente administrativo), prestación que inició a pagarse a la demandante de manera efectiva con la nómina del mes de abril de 2006.

Las pruebas del expediente, también acreditan que con posterioridad a la fecha en que la demandante adquirió el estatus de pensionada, ésta se vinculó laboralmente con la Aeronáutica Civil entre el 3 de junio de 2008 y el 30 de agosto de 2009 (fl. 43), y posteriormente laboró al servicio de la Secretaría Distrital de Integración Social entre el 1° de septiembre de 2009 y el 17 de noviembre de 2011 (fl. 51), tiempo durante el cual la entidad suspendió el pago de la mesada pensional, pues así se deduce del comprobante de suspensión de pago de la pensión, donde consta que ésta se suspendió desde el 29 de mayo de 2008 (Cd. 1, Pdf. 20, fl. 58). También se establece de la historia laboral aportada al expediente por COLPENSIONES (Cd. 1, Pdf. 1), que durante los lapsos referidos, la demandante efectuó aportes al sistema de seguridad social en pensiones, y dichas cotizaciones se encuentran registradas con la anotación de “*No vinculado está pensionado*”.

De las pruebas anteriormente referidas, concluye la Sala que las cotizaciones efectuadas por la demandante con posterioridad a la fecha en que adquirió el estatus de pensionada, no pueden ser tenidas en cuenta para realizar una reliquidación de su ingreso base de liquidación, pues en los términos de la jurisprudencia referida, tales cotizaciones no resulta válidas, pues la demandante tenía la condición de pensionada y no de afiliada y se encontraba excluida de asegurarse por el riesgo de vejez, en cuanto éste ya había sido cubierto por la entidad.

En los anteriores términos, y al no resultar viable la reliquidación de la pensión, con inclusión de los aportes realizados con posterioridad a la fecha en que se adquiere el estatus de pensionado, se revocará la sentencia de primera instancia, como se anunció y en su lugar se absolverá a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

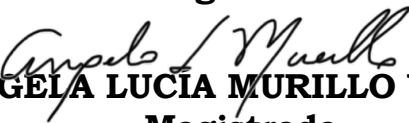
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante LUZ STELLA CASAS DE KUAN, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(Ausente por incapacidad médica)



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 11 2019 00441 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 7 de octubre de 2021, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

PATRICIA GAVIRIA GAVIRIA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 14 de junio de 1963; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 31 de julio de 1984 y el 8 de febrero de 1985, y cotizó a dicha entidad un total de 27.57 semanas; que el 7 de febrero de 1995, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 30 de abril de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público (fls. 88 a 124, Pdf. 1).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad de la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad,

cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Fls. 169 a 194, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 7 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó la demandante PATRICIA GARCIA GAVIRIA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. **SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos. **TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR S.A. reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros. **CUARTO: ORDENAR** a PORVENIR S.A. realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante, en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP (anulación a través de MANTIS) y entregar a COLPENSIONES el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia de la actora en el RAIS. **QUINTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la actora en el Régimen de Prima Media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por PORVENIR S.A. **SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **SÉPTIMO:**

COSTAS a cargo de **PORVENIR S.A.** y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 salario mínimo.

OCTAVO: CONSULTAR esta sentencia con el superior jerárquico, Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fundamento en el art. 69 del C.P.T.S.S.”

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que la entidad cumplió con la obligación de información que se exigía para ese momento en que la actora decidió trasladarse, que no puede imponerse a la entidad una carga desproporcionada sobre este punto, frente a aspectos imposibles de predecir en ese momento. Señala, que el juez no realizó una valoración adecuada del formulario de afiliación, el cual cumple con los parámetros que definía la Superintendencia Financiera de la época. Agregó, que si el efecto de la ineficacia es regresar las cosas al estado en que se encontraban, no ha debido ordenarse la devolución de los rendimientos porque finalmente éstos no se habrían configurado. Sobre los gastos de administración, señaló que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de

ahorro individual del demandante, que además debe tenerse en cuenta operó la excepción de prescripción frente a la devolución de los gastos de administración.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar el regreso de la demandante al RPM porque se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal, pues le faltan menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, señaló que no se probó dentro del proceso la existencia de vicio en el consentimiento alguno en la suscripción del formulario de traslado que vinculó a la actora con la AFP PORVENIR, y por el contrario este documento demuestra que la decisión fue libre y voluntaria. Agrega que en caso de confirmarse la decisión debe ordenarse la devolución de la totalidad de los valores que recibió la AFP, incluyendo los gastos de administración.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. El apoderado de PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

La apoderada de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto es procedente la ineficacia de traslado de régimen pensional declarada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos, así como la procedencia de ordenar la devolución de los gastos de administración al RPM.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 14 de junio de 1963 (fl. 28, Pdf. 1); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 31 de julio de 1984 y el 8 de febrero de 1985, por un total de 27.57 semanas (Fl. 195, Pdf. 1); **iii)** que el 7 de febrero de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 33 y 198, Pdf. 1); **iv)** que el 30 de abril de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 58, Pdf. 1).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271,

señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(…)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad

de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora PATRICIA GARCIA GAVIRIA se trasladó a la AFP PORVENIR el 7 de febrero de 1995, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio min. 15:34), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en AMB Arquitectos, que los reunieron en un salón y les hicieron una reunión con asesores de PORVENIR, la cual duró aproximadamente 15 minutos. Señaló, que lo único que les dijeron es que el Seguro Social iba ser liquidado y podrían quedarse sin pensión si no se trasladaban, que ante dicha información decidió trasladarse por temor.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por la representante legal de PORVENIR en diligencia de interrogatorio de parte (audio min. 12:59), pues al efecto solo manifestó que la información suministrada a la demandante al momento del traslado

no se encuentra documentada, en cuanto para esa fecha lo único que se exigía era el formulario de afiliación. Señaló no haber estado presente en el momento de la suscripción del formulario pero constarle que los asesores de la entidad están debidamente capacitados para brindar la información necesaria a los afiliados.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará

la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo

por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

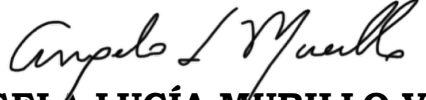
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(Ausente por incapacidad médica)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: PATRICIA GARCÍA GAVIRIA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

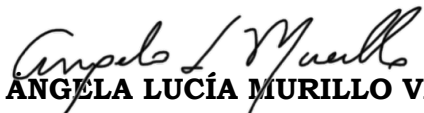
RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2019 00441 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 12 2019 00413 01

Bogotá D.C. Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCIÓN y PORVENIR, y el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 26 de agosto de 2022, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al RAIS a través de la AFP PORVENIR y ordenó a esta entidad trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JULIA ROA PEREZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 22 de febrero de 1962; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de julio de 1986 hasta el 31 de diciembre de 2004, y cotizó a dicha entidad un total de 601.71 semanas; que el 1° de marzo de 2005, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN; que el 25 de febrero de 2008, se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen las AFP demandadas no le brindaron asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 1° de marzo de 2019 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante en la Administradora de Fondos de Pensiones Protección, declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la AFP PROTECCIÓN, inexistencia de perjuicio, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia del traslado, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la

afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y prescripción (Fls. 89 a 96).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (Fls. 129 a 138).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe (Fls. 150 a 155).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 26 de agosto de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al RAIS a través de la AFP PORVENIR y ordenó a esta entidad trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora JULIA ROA PEREZ al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, materializado el 1° de marzo de 2005, a través de PROTECCION, conforme lo expuesto. **SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculada a la señora JULIA ROA PEREZ al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

COLPENSIONES, conforme lo expuesto. **TERCERO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora JULIA ROA PEREZ como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, incluidos los cobrados por HORIZONTE. **CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a través de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. los costos cobrados por concepto de administración con motivo de la afiliación de la señora JULIA ROA PEREZ al régimen de ahorro individual con solidaridad durante el tiempo en que permanecido en dicho fondo. **QUINTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora JULIA ROA PEREZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral. **SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **SEPTIMO: CONDENAR** en costas de esta instancia a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y a favor de la demandante. Por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la cantidad \$2.000.000. **OCTAVO: CONSULTAR** la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial Bogotá, por lo expuesto.”

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las

implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, que la correcta administración de dichos dineros se refleja en los rendimientos obtenidos durante el tiempo de afiliación y que no es posible disponer su devolución, pues no existe un fundamento jurídico para ordenarla, teniendo en cuenta que dichos valores tampoco se encuentran en poder de la entidad en este momento.

El apoderado de **PORVENIR** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar la ineficacia del traslado porque quedó demostrado que el acto del traslado de régimen pensional es completamente válido, señaló que para el momento del traslado no era obligación documentar el tipo de información que se brindaba y al efecto solo se exigía la suscripción del formulario. Agrega que la demandante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con el paso del tiempo y el traslado que realizó entre AFP. Señala que tampoco es procedente la devolución de los gastos de administración, pues este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se

encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, que la correcta administración de dichos dineros se refleja en los rendimientos obtenidos durante el tiempo de afiliación y que no es posible disponer su devolución, pues no existe un fundamento jurídico para ordenar la devolución de estos valores. Finalmente, aduce que estos valores al no formar parte del capital que constituye el derecho pensional, están sujetos al término de prescripción trienal que señalan las normas laborales.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente la ineficacia declarada. El apoderado de PORVENIR S.A. presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de PROTECCIÓN solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico para resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PROTECCIÓN,

cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos, así como la procedencia de ordenar la devolución de los gastos de administración al RPM.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 22 de febrero de 1962 (Fl. 33); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de julio de 1986 y el 31 de diciembre de 2004, por un total de 601.71 semanas (Cd. 3, Pdf. 1); **iii)** que el 1° de marzo de 2005, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN (Fl. 97); **iv)** que el 25 de febrero de 2008, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (Fl. 100); **v)** que el 1° de marzo de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (Fl. 46).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>

<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que

el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta

por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora JULIA ROA PEREZ se trasladó al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN el 1° de marzo de 2005, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 5, carpeta 1, audio min. 29:05), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en Primatela, que al momento de la contratación un asesor de Protección la vinculó, que ella solo firmó el formulario que ya se encontraba diligenciado. Señaló, que no le explicaron nada sobre las consecuencias que tendría el cambio de régimen, y que prácticamente fue algo obligatorio para entrar a trabajar en esa empresa.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por la representante legal de PROTECCIÓN en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 5, carpeta 1, audio min. 24:03), pues al efecto solo manifestó que adjunto al formulario de afiliación se encuentra una lista de la mayoría de los temas en que la actora recibió asesoría. Señaló no haber estado presente en el momento de la suscripción

del formulario pero constarle que los asesores de la entidad están debidamente capacitados para brindar la información necesaria a los afiliados, que además cuentan con herramientas para realizar consultas e investigar sobre su situación pensional.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación. Si bien se aportó una carta de validación de la asesoría para el momento del traslado (fl. 98), lo cierto es que en dicho documento solo consta que a la demandante se le informó que le faltaban más de 15 años para cumplir la edad de pensión y no podría regresar al RPM cuando le faltaran menos de 10 años, información que resulta insuficiente para entender acreditado el cumplimiento del deber legal que pesaba sobre la AFP.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, pues las consecuencias jurídicas que aquí se declaran se derivan de la falta al deber de información al momento del traslado y no de la afiliación que es la que se realiza inicialmente al Sistema de Pensiones. Ello conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP

PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PROTECCION S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de

seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. Como el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia no es suficientemente claro en disponer la devolución de la totalidad de estos valores, se adicionará dicho numeral y se dictará la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia para DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante JULIA

ROA PEREZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia apelada en el sentido de indicar que la AFP PROTECCION S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

SEXTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(Ausente por incapacidad médica)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JULIA ROA PEREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

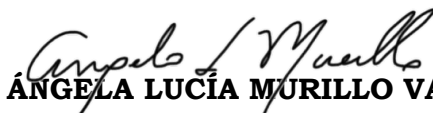
RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2019 00413 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

Radicado N° 15 2019 00511 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante y el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a la demandada a reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

AMINTA PACHECO VELASQUEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la

condición más beneficiosa por el fallecimiento de su cónyuge LUIS HUMBERTO RODRIGUEZ PINTO. Pide que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en su favor a partir del 24 de enero de 1998, junto con las mesadas adicionales correspondientes, retroactivo pensional, indexación, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que el causante falleció el 24 de enero de 1998; que al momento del fallecimiento se encontraba afiliado al régimen de prima media con prestación definida y había cotizado más de 300 semanas a 1° de abril de 1994. Señaló que convivía con el causante en calidad de esposos desde el 9 de mayo de 1980 y que dicha convivencia se extendió hasta el fallecimiento; que solicitó al ISS hoy COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a nombre propio y en nombre de su hija menor; que dicha entidad mediante Resolución N° 000071 de 1999 negó el reconocimiento del derecho porque el causante no cumplía los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 para dejar causado el derecho; que en su lugar la entidad reconoció su condición de beneficiaria y le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la fecha de fallecimiento del causante, la condición de beneficiaria de la demandante y el reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia del derecho y la obligación por falta de reunir los requisitos legales, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (fls. 32 a 40).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 23 de marzo de 2021, condenó a la demandada a reconocer y pagar a la demandante y a la hija del causante una pensión de sobrevivientes. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor de las demandantes y la integrada en Litis, la señora AMINTA PACHECO VELASQUEZ y DIANA CAROLINA RODRIGUEZ PACHECO, la pensión de sobrevivientes que dejo causada su esposo y padre, LUIS HUMBERTO RODRIGUEZ PINTO, a partir del día 24 de enero de 1998 en un monto que corresponderá para este momento a la suma de \$641.285, el cual correspondía al 50% para la cónyuge y el 50% para la hija. Ordenando pagar en 14 mesadas pensionales anuales, se le deberá hacer a este valor de \$641.285, el incremento pensional del artículo 14 de la ley 100 de 1993 en el IPC, hasta su inclusión en nómina con el valor que corresponda. Todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva. **SEGUNDO: DECLARAR** demostrada la excepción de prescripción parcial respecto a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 1° de agosto del año 2016, como consecuencia de lo anterior, efectivamente se reconocerá la prestación únicamente a la señora demandante AMINTA PACHECO VELASQUEZ, a partir del día 1° de agosto de 2016, en el valor que para ese momento corresponda en la prestación pensional luego de hacer los incrementos pensionales del año 1998 hasta el año 2016, en un 100% a favor de la señora demandante. **DECLARAR** afectadas por fenómeno jurídico de la prescripción las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 1° de agosto del año 2016. Conforme se expuso en la parte motiva. **TERCERO: DISPONER** que este retroactivo que no se encuentra afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción y que se ha causado a favor de la señora demandante, desde el 1° de agosto del año 2016 se pague

*debidamente indexado desde la fecha de causación de cada mesada hasta su momento efectivo de pago e inclusión en nómina con el valor que corresponda a este momento. **CUARTO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que de dicho retroactivo, descuenta lo correspondiente a la suma de \$6.904.442, cancelado por concepto de indemnización sustitutiva a la señora demandante, la cual se descontará con la correspondiente indexación desde el momento de pago que se hizo a la señora demandante hasta el momento que se haga efectivo dicho descuento debidamente indexado. Todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva. **QUINTO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES que del retroactivo descuento, conforme lo prevé la ley 100 de 1993, lo correspondiente a los aportes a la seguridad social en salud para la protección en este subsistema de la señora AMINTA PACHECO VELASQUEZ. **SEXTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada, para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a cuatro SMLMV para el año 2021. SIN COSTAS ni a favor ni en contra de la señora DIANA CAROLINA RODRIGUEZ PACHECO, dada su vinculación al presente proceso. **SEPTIMO. ABSOLVER** a la parte demandada, de las pretensiones invocadas en la presente acción específicamente al reconocimiento de los intereses moratorios sobre dicho retroactivo. **OCTAVO.** Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES y el resultado desfavorable de ella, se remitirán las diligencias al superior para efectos de que las revise en el grado jurisdiccional de consulta”*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si la demandante, acreditó la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama. Previo a resolver la controversia indicó que la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes y la pensión no son incompatibles, en cuanto lo procedente en estos casos es disponer el reconocimiento del derecho pensional que tiene el carácter de irrenunciable y autorizar el descuento de los valores pagados por la entidad por concepto de indemnización. Sobre el reconocimiento de la pensión señaló que si bien la norma aplicable al momento del deceso del causante era la Ley 100 de 1993 en su

redacción original, al no tener LUIS HUMBERTO RODRIGUEZ PINTO el número de semanas que exigía dicha disposición para causar el derecho, resulta procedente aplicar el principio de la condición más beneficiosa, definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y estudiar el reconocimiento de la prestación en los términos que definía el Acuerdo 049 de 1990. Señaló que el causante contaba con más de 300 semanas de cotización para el momento del fallecimiento y por ello resulta procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en proporción del 50% para la cónyuge y 50% para la hija del causante. Agregó que es procedente declarar parcialmente probada la excepción de prescripción, sobre las mesadas causadas con anterioridad al 1° de agosto de 2016.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Para sustentar el recurso, aduce que de acuerdo al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es procedente ordenar el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, incluso en pensiones reconocidas bajo la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, pues las entiende como parte del sistema general de pensiones. Señala que no es procedente autorizar el descuento del valor pagado por la entidad por concepto de indemnización sustitutiva, en cuanto la entidad no propuso la excepción de compensación y ésta no es declarable de oficio. De manera subsidiaria pide que se ordene el descuento únicamente del porcentaje de la indemnización que recibió la demandante, pues a su hija, a quien le correspondía el 50% restante no se le reconoció ninguna prestación en este proceso. Agrega que no procede ordenar la devolución de dicha suma debidamente indexada en cuanto atenta contra los derechos

pensionales de la demandante y dicho dinero fue recibido por la actora de buena fe.¹

¹ “Me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia, el cual sustento de la siguiente manera y en lo que tiene que ver con los siguientes aspectos. De manera inicial me permito interponer recurso de apelación en cuanto al numeral de la sentencia proferida en la que se absuelve a la aquí demandada de la condena de los intereses moratorios, en ese sentido el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, establece que a partir del 1° de enero de 1994 el pago en la mora de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado además de la prestación a su cargo y el importe de ella la tasa de interés moratorio vigente al momento en que se realice el pago. La sentencia SL 1681-2020, magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo, indicó que no existe razón para negar el derecho a los pensionados del régimen de transición y ley 33 de 1985 y ley 71 de 1988, entre otras a obtener el valor de los intereses moratorios de la ley 100 de 1993, porque se entiende que estas prestaciones forman parte del sistema general de pensiones, la Sala concluye en esa sentencia que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones y por consiguiente se está frente a una función unificadora aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal, por lo anterior la sala abandona su criterio jurisprudencial anterior y en su lugar postula que los intereses moratorios aplican a todo tipo de pensiones reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, tenemos de igual forma pronunciamiento efectuado por el Tribunal de Bogotá – Sala Laboral a través de los procesos radicados 096, magistrado ponente Miller Esquivel, sentencia del 19 de octubre de 2020 y la sentencia proferida en el caso 2019-463 de octubre de 2020, magistrado ponente el Dr. Manuel Eduardo Serrano, en las cuales se reconoció intereses moratorios en un caso similar al que nos ocupa, de condición más beneficiosa y se reconoció los intereses moratorios en favor de los demandantes, en estos términos se solicita de manera respetuosa al honorable Tribunal Superior de Bogotá, se reconozcan los intereses moratorios en favor de la señora Aminta Pacheco Velásquez, desde el reconocimiento de cada una de las mesadas pensionales y en ese sentido que se revoque el numeral en el cual se absuelve a COLPENSIONES del pago de estos intereses moratorios. El segundo aspecto del recurso de apelación de la sentencia es en lo que tiene que ver con la autorización otorgada a COLPENSIONES para descontar la suma de \$6.904.442, indexados del retroactivo pensional que se le va pagar a la aquí demandante y que fue pagado por el Instituto de Seguros Sociales por concepto de indemnización sustitutiva, frente al tema en concreto me permito sustentarlo de la siguiente manera, dispone el artículo 282 del CGP aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPT y de la SS, que en cualquier tipo de proceso en donde el juez halle probados hechos que constituyen una excepción el juez deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo la de prescripción, compensación y nulidad relativa que deberán alegarse en la contestación de la demanda. Así las cosas una vez revisada la demanda presentada por COLPENSIONES se puede observa que la misma no se alegó como excepción de compensación, de esa manera al no haberse solicitado por la parte demandada dicha compensación no debe el juez de primera instancia autorizar a COLPENSIONES a descontar dichas sumas de dinero y pese a que no se indicó en la sentencia de manera expresa el término de haberse decretado la excepción de compensación, autorizar a COLPENSIONES a descontar dichas sumas conlleva a entender la aplicación de dicha excepción de manera oficiosa, ahora de manera subsidiaria en caso de que el honorable Tribunal considere pertinente el descuento de la indemnización sustitutiva pagada a la demandante, pese a no haberse alegado como compensación en la contestación de la demanda solicito de manera respetuosa que se ordene únicamente por la parte recibida por la demandante la señora AMINTA PACHECO VELASQUEZ, teniendo en cuenta que en este caso existe identidad parcial respecto de las personas que recibieron la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por parte del ISS, a través de la resolución del 99, modificada por la 3799 del 2000, en lo que respecta al monto de la indemnización pagada a la demandante y DIANA RODRIGUEZ PACHECO, y las personas a las que en este caso les fue definido el derecho a la pensión de sobrevivientes, en este caso la hija del causante no se le está reconociendo una pensión de sobrevivientes, toda vez que no cumple actualmente con los requisitos para acceder a la misma y su derecho se encuentra prescrito, únicamente se está reconociendo aquí en favor de la señora AMINTA PACHECO VELASQUEZ, por lo cual lo recibido por su hija por concepto de indemnización no puede ser descontado por las mesadas pensionales que va

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante en aplicación del principio de la condición más beneficiosa y en dado caso establecer si resulta viable el

recibir la demandante, pues se trata de diferentes identidades entre quienes recibieron una indemnización y reciben ahora un derecho pensional, de igual forma se solicita se abstenga de descontar dichas sumas de manera indexada, primero en cuanto la parte demandante ya se está viendo afectada en su derecho pensional y su patrimonio por la figura de la prescripción extintiva y segundo, porque si bien la devolución de sumas de dinero se ha tenido como una forma de contrarrestar los efectos de la devaluación de la moneda, mediante su adecuación o actualización de acuerdo con las variaciones que tiene el índice de precios, la aplicación de dicha figura debe ser morigerada cuando se trata de sumas de dinero que se reciben por parte del administrador de pensiones de buena fe, en tanto implicaría a devolver a quienes reciben sumas de esta forma, asumir la pérdida de poder adquisitivo de dinero que recibió por error de la administración, así las cosas solicito de forma respetuosa al honorable Tribunal Superior del distrito revoque este numeral de la sentencia de primera instancia y en su lugar no se autorice a COLPENSIONES a descontar del retroactivo ordenado pagar a la demandante las sumas recibidas por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes o en su defecto se modifique dicho numeral de la sentencia ordenado únicamente descontar lo pagado a la demandante y se abstenga de realizar el descuento de dichas sumas de forma indexada. Su señoría de esta forma dejo sustentado el recurso de apelación, muchas gracias."

descuento de los valores recibidos por concepto de indemnización sustitutiva, y las condiciones en que procedería dicho descuento.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que LUIS HUMBERTO RODRIGUEZ PINTO falleció el día 24 de enero de 1998 (fl. 13); **ii)** que el causante y la demandante AMINTA PACHECO VELASQUEZ se encontraban casados desde el 9 de mayo de 1980 (fl. 14); **iii)** que el causante cotizó a COLPENSIONES un total de 329.14 semanas entre el 9 de junio de 1980 y el 31 de octubre de 1997 (fl. 16); **iv)** que mediante Resolución N° 000071 del 8 de enero de 1999, reconoció a la demandante y la hija de la pareja la condición de beneficiarias y dispuso en su favor el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en la suma de \$2.438.842 para cada una (fl. 15); **v)** que mediante Resolución N° 3796 del 30 de agosto de 2000, la demandada reliquidó el valor de la indemnización sustitutiva en la suma única de \$6.152.108, en favor de las dos beneficiarias (Cd. 2, Pdf. 13, fl. 8).

- Incompatibilidad entre la pensión de sobrevivientes y la indemnización sustitutiva

Para resolver el primer aspecto de la controversia, el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, definió la indemnización sustitutiva como la prestación económica que se reconoce a favor de los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no reunía los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes.

De la norma anterior deduce la Sala, que si el ordenamiento jurídico prevé dos mecanismos de amparo diferentes, uno principal que se entiende como el derecho pensional que opera inexorablemente cuando se verifica el cumplimiento de los

requisitos establecidos en la norma aplicable, y uno subsidiario, que procede cuando el afiliado no cumple los requisitos legales, llamado indemnización sustitutiva, debe entenderse que quien tenía derecho a la pensión de sobrevivientes no puede afectarlo, pues la indemnización que tiene el carácter subsidiario no se habría causado, dicha indemnización no puede desplazar el derecho pensional que tiene el carácter de irrenunciable. Por ello, lo que procedería en esta eventualidad es imputar el valor de la indemnización sustitutiva recibida por el beneficiario, como un pago anticipado de mesadas pensionales.

- De la Pensión de Sobrevivientes

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional, es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido, así lo ha indicado esa alta Corporación entre otras en sentencia de radicado 33.210 del 17 de octubre de 2008 y SL496 de 2018.

Sin perjuicio de lo ya señalado, no es ajena esta Sala que en el tránsito de legislación de la pensión de sobrevivientes, no se consagró un régimen de transición, circunstancia que conllevó a que los afiliados que contaban con una expectativa legítima al contar con la densidad mínima de semanas fueran sorprendidos con el cambio de los requisitos que sobre dicha densidad eran exigidos. A fin de proteger las expectativas legítimas, se desarrolló jurisprudencialmente la figura de la condición más beneficiosa, con el objeto de aplicar la normatividad anterior en vigencia de la normatividad actual.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que la condición más beneficiosa no avala al juez el realizar una búsqueda histórica en aras de encontrar cualquier norma que en el pasado haya regulado la relación del afiliado con el sistema de seguridad social, por cuanto solo permite la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente, tal y como reiteró en las sentencias SL2825, SL5314 y SL 5343 de 2019, providencias que reiteraron la posición adoptada en la sentencia SL Rad. 32.642 del 9 de diciembre de 2008.

En consecuencia, si el deceso del causante ocurre en vigencia de la Ley 100 de 1993, como se da en el presente asunto (el causante falleció el 24 de enero de 1998), el principio de la condición más beneficiosa permite aplicar el régimen pensional inmediatamente anterior, a saber, el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, siempre y cuando se cumplan las reglas adoptadas por la jurisprudencia para el efecto. Sobre esto último, conviene precisar que la sentencia SL4650 de 2017 solo estudió la aplicación de este principio frente al tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, por ello, la Sala seguirá las pautas que reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4573-2021, al recordar los supuestos fijados por la jurisprudencia en el pasado, entre otras en la sentencia de radicado 28893 del 4 de diciembre de 2006.

En la referida sentencia, esa Alta Corporación definió los parámetros que deben tenerse en cuenta para que los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes puedan acceder a dicha prestación con aplicación de la legislación anterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir de acuerdo a lo definido en los artículos 6° y 25 del Acuerdo 049 de 1990. Al efecto, recordó que la norma citada contiene dos hipótesis, la primera de ellas, la que se refiere a las 300 semanas de cotización en cualquier tiempo, que según ha dicho esa Corporación, deben estar satisfechas al momento en que entró

a regir la Ley 100 de 1993, es decir, antes del 1° de abril de 1994, sin lugar a considerarse las semanas cotizadas con posterioridad a este momento; y la segunda de ellas, la que se refiere a las 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la muerte del afiliado, que requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos: **i)** que el causante tenga 150 semanas de cotización dentro de los seis años anteriores a la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993; y **ii)** además registre 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha de fallecimiento.

Teniendo en cuenta el anterior lineamiento jurisprudencial y una vez revisado el expediente se advierte que el causante LUIS HUMBERTO RODRIGUEZ PINTO falleció el 24 de enero de 1998, es decir en vigencia de la Ley 100 de 1993, y por ello en aplicación del principio de la condición más beneficiosa procede el estudio de la prestación que se reclama bajo los lineamientos que define el Acuerdo 049 de 1990.

Al efecto, de la historia laboral aportada al expediente en folio 16, se observa que para la fecha del deceso el causante contaba con 329.14 semanas de cotización de las cuales 304.72 fueron cotizadas antes del 1° de abril de 1994, de ello se deduce que se encuentra dentro de la primera hipótesis planteada por la jurisprudencia referida y por ello resulta pertinente el reconocimiento de la pensión bajo la aplicación de esta norma.

Así las cosas y teniendo en cuenta que dentro del proceso no fue objeto de controversia la condición de beneficiaria de la demandante, pues ésta fue previamente reconocida por la entidad en la Resolución N° 000071 del 8 de enero de 1999 (fl. 15), procede el reconocimiento de la pensión a partir del 24 de enero de 1998, fecha de fallecimiento del causante. Conviene precisar sobre este aspecto, que también se reconoció la condición de beneficiaria de la hija del causante y la demandante, DIANA RODRIGUEZ PACHECO,

quien nació el 20 de abril de 1985 (Cd. 2, pdf. 13, fl. 39). Por ello, en principio correspondería el pago de la prestación en proporción del 50% para cada una.

Definido lo anterior, la Sala establecerá el valor de la mesada pensional que corresponde, para lo cual el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable por remisión normativa del artículo 25 *ejusdem*, dispone que ésta se tasa con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500), precisa la norma, que el valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base, ni ser inferior al salario mínimo legal mensual, ni superior a quince veces este mismo salario. El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas, según lo ordena la norma.

Siguiendo los anteriores lineamientos, se obtiene que el monto o tasa de remplazo aplicable a la prestación que aquí se define es igual al 45%, teniendo en cuenta que el causante no efectuó cotizaciones por más de 500 semanas. Una vez efectuadas las operaciones aritméticas del caso, resulta como valor de la mesada pensional para el año 1998 la suma de \$436.626.

Año	LAPSO	Días laborados	Salario devengado	IPC Inicial	IPC PROMEDIO	IPC FINAL	Salario actualizado	Salario por días trabajados
1989	11/feb a 31/dic	319	\$ 165.180	6,57	6,8106223	44,72	\$ 1.124.979	\$ 11.962.272
1990	1/ene a 31/jul	210	\$ 165.180	8,28	5,3999872	44,72	\$ 891.970	\$ 6.243.789
1997	1/marzo a 31/marzo	21	\$ 1.101.100	38,00	1,176842	44,72	\$ 1.295.821	\$ 907.075
1997	01/abril a 30/abril	30	\$ 1.573.000	38,00	1,176842	44,72	\$ 1.851.173	\$ 1.851.173
1997	1/jul a 31/jul	30	\$ 195.000	38,00	1,176842	44,72	\$ 229.484	\$ 229.484
1997	1/agos a 31/oct	90	\$ 344.000	38,00	1,176842	44,72	\$ 404.834	\$ 1.214.501

TOTAL SALARIO DEVENGADO (ACTUALIZADO): \$2.650.238

TOTAL DÍAS TRABAJADOS: 700

SALARIO DIARIO: \$32.012

SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN
(SALARIO DIARIO X 7 X 4.33): \$970.279

SALARIO BASE * 4.75% (monto): \$436.626

INCREMENTOS ANUALES

AÑO	MESADA	INCREMENTO
1998	\$ 436.626	16,70
1999	\$ 443.918	9,23
2000	\$ 484.891	8,75
2001	\$ 527.319	7,65
2002	\$ 567.659	6,99
2003	\$ 607.339	6,49
2004	\$ 646.755	5,5
2005	\$ 682.326	4,85
2006	\$ 715.419	4,48
2007	\$ 747.470	5,69
2008	\$ 790.001	7,67
2009	\$ 850.594	2,00
2010	\$ 867.606	3,17
2011	\$ 895.109	3,73
2012	\$ 928.497	2,44
2013	\$ 951.152	1,94
2014	\$ 969.604	3,66
2015	\$ 1.005.092	6,77
2016	\$ 1.073.136	5,75
2017	\$ 1.134.842	4,09
2018	\$ 1.181.257	3,18
2019	\$ 1.218.821	3,80
2020	\$ 1.265.136	1,61
2021	\$ 1.285.505	5,62
2022	\$ 1.357.750	

Por lo anterior, y dado que el valor de la mesada aquí definida es inferior a la que estableció el juez de primera instancia, quien tomó como valor del ingreso base de liquidación el mismo que había tasado la entidad para reconocer la indemnización sustitutiva y no realizó las operaciones en la forma que refiere la norma citada en precedencia, en aplicación del grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandada, se modificará el numeral primero

de la sentencia de primera instancia para disponer que la primera mesada pensional, esto es, a enero de 1998, corresponde a \$436.626. Se confirmará en cuanto definió que la pensión debe reconocerse y pagarse en 14 mesadas anuales, por haberse causado con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y autorizó a la entidad demandada descontar del retroactivo pensional causado, el valor correspondiente a los aportes al sistema de seguridad social en salud.

- **Sobre la excepción de prescripción**

Para resolver este aspecto de la controversia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se concedió a la demandada, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales, cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles, lo que en materia de pensión de sobrevivientes ocurre cuando el trabajador ha fallecido, momento en el cual se consolida el derecho de los beneficiarios al pago de prestaciones periódicas, mesadas de pensión, que van prescribiendo cada una de forma independiente.

Con las anteriores precisiones se observa que el afiliado falleció el 24 de enero de 1998 (folio 13), sus beneficiarias reclamaron el reconocimiento de la prestación a la entidad el día 2 de marzo de 1998 (fl. 15), y presentaron la demanda el 1° de agosto de 2019 (fl. 27). Como transcurrieron más de tres años desde esta última fecha se concluye que operó la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 1° de agosto de 2016.

Teniendo en cuenta que el juez de primera instancia llegó a la misma conclusión, se confirmará en lo pertinente la sentencia, precisando que la totalidad de las mesadas pensionales en

proporción del 50% que se hubieren podido causar en favor de DIANA CAROLINA RODRIGUEZ PACHECO, hija del causante, se encuentran afectadas en su totalidad por el fenómeno de la prescripción, pues cumplió 25 años de edad (fecha máxima en que hubiere podido recibir el derecho si acreditaba la condición de estudiante) el 20 de abril de 2010 (Cd. 2, pdf. 13, fl. 39) y por ello COLPENSIONES deberá pagar a la demandante AMINTA PACHECO VELASQUEZ la pensión de sobrevivientes en proporción del 100% a partir del 1° de agosto de 2016, junto con el retroactivo pensional que se cause hasta el momento en que se efectúe el pago.

- Sobre el descuento del valor pagado por concepto de indemnización sustitutiva

Para resolver el argumento de apelación que plantea la parte demandante, referido a que no resulta procedente ordenar la devolución de los valores recibidos por concepto de indemnización sustitutiva, en cuanto la entidad demandada no propuso la excepción de compensación con la contestación de la demanda y ésta no es declarable de oficio, la Sala dirá que el descuento autorizado por el juez de primera instancia no se definió por la declaratoria de la excepción de compensación y de todos modos, resultaba pertinente ordenar tal descuento en aplicación de la excepción de pago parcial, que aun cuando no fue mencionada por el juez de primera instancia y tampoco fue propuesta como excepción por la demandada, si procede su declaratoria de oficio en los términos que define el artículo 282 del CGP.

Ahora bien, sobre el argumento subsidiario, relacionado con el descuento del 50% del valor recibido por concepto de indemnización sustitutiva, en cuanto a la hija del causante no se le reconoce derecho alguno en este proceso y a la demandante AMINTA PACHECO solo le correspondía dicha proporción, resulta pertinente indicar a la apoderada, que en el caso bajo estudio se definió la

existencia del derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante en proporción del 50% y de la hija del causante DIANA CAROLINA RODRIGUEZ PACHECO en proporción del 50% restante, no obstante, no se materializa el pago de las mesadas que le hubieren correspondido porque éstas quedaron afectadas por el fenómeno de la prescripción, luego es diferente que se definiera o no derecho alguno en favor de la hija del causante, a que el pago de éste no se efectuó por la ocurrencia de este fenómeno jurídico.

Además de lo anterior, a juicio de la Sala, no resulta viable dicho argumento, pues el derecho a la pensión de sobrevivientes es único, independientemente de que de esa sola prestación existan varios beneficiarios, menos aún en el caso particular donde la totalidad el dinero fue entregado a la demandante por ser la representante de su menor hija en ese momento.

Frente a la devolución indexada de dicha suma de dinero, basta decir que por la pérdida de valor adquisitivo de la moneda, resulta pertinente ordenar la indexación de dicha suma de dinero, y ello no va en detrimento del derecho pensional de la demandante, pues en su momento recibió dicha suma de dinero y en este momento la definición del derecho pensional se realizó teniendo en cuenta las actualizaciones que a ella le correspondían por el paso del tiempo.

En conclusión se confirmará la decisión de primera instancia que autorizó el descuento del valor pagado a la demandante por concepto de indemnización sustitutiva debidamente indexado.

- Intereses Moratorios

Sobre el particular, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 impuso el pago de intereses moratorios a las entidades del Sistema de pensiones que retardan el pago de las mesadas a sus afiliados,

y tratándose de la primera de ellas la mora se entiende ocurrida cuando han transcurrido los plazos que asigna el ordenamiento jurídico para agotar los trámites administrativos y de investigación pertinente a la asignación del derecho contados desde la fecha en que el afiliado presenta la solicitud con los documentos pertinentes.

En el caso bajo estudio considera la Sala que los intereses definidos en la norma no se causaron, pues independientemente de que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha entendido la integración normativa del Acuerdo 049 de 1990 con la Ley 100 de 1993, para efectos del reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de esta última disposición normativa, como lo aduce la apoderada de la parte demandante en el recurso, lo cierto es que el reconocimiento de la prestación que se define en este proceso, se realizó teniendo en cuenta la aplicación del criterio jurisprudencial que desarrolla el principio de la condición más beneficiosa y por ello no es procedente su reconocimiento.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia para definir que el valor de la primera mesada pensional de la pensión de sobrevivientes que aquí se reconoce, esto es, para el año 1998, equivale a la suma de \$436.626 y para los años subsiguientes, corresponde a los valores indicados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(Ausente por incapacidad médica)



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 15 2020 00382 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 14 de octubre de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ANA MARIA OSORIO MEJIA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la

nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 24 de marzo de 1965, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 3 de enero de 1992 y el 22 de diciembre de 1992, y cotizó a dicha entidad un total de 26.43 semanas; que el 29 de noviembre de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS; que el julio de 1997, se trasladó a la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar a dicho régimen; que el 29 de septiembre de 2020, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe (Pdf. 18).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. Solo se opuso a la pretensión relacionada con la condena en costas, sobre las demás no manifestó oposición. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de buena fe, compensación y pago (Pdf. 16).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (Pdf. 32).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 14 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora ANA MARIA OSORIO MEJIA del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual el día 29 de noviembre del año 2014 a través de la administradora COLFONDOS S.A., como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a la administradora PORVENIR S.A., donde actualmente se encuentra afiliada, traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante, junto con sus rendimientos a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna ocasión tuvo la señora demandante a dicha administradora, y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, dada la consecuencia natural de esta ineficacia, todo lo anterior conforme a lo expuesto en la parte motiva. **SEGUNDO: NO CONDENAR** en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes y **DECLARAR** no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas. **TERCERO:** Si la presente providencia no fuera impugnada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES, se

remitirán las diligencias al Superior para que, el Magistrado a quien corresponda por reparto lo considera procedente y las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta”

Para el Juez el problema jurídico consistió en determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar la ineficacia del traslado porque quedó demostrado que el acto del traslado de régimen pensional es completamente válido, señaló que para el momento del traslado no era obligación documentar el tipo de información que se brindaba y al efecto solo se exigía la suscripción del formulario. Agrega que la demandante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con el paso del tiempo y el traslado que realizó entre AFP.

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación con el fin de que también se condena a la AFP demandada a la devolución de los gastos de administración, pues así lo ha definido la jurisprudencia de la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que regula la materia.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó

alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 24 de marzo de 1965 (Pdf. 1, fl. 24); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 3 de enero de 1992 y el 22 de diciembre de 1992, por un total de 26.43 semanas (carpeta Exp. Advo.); **iii)** que el 29 de noviembre de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

administrado por la AFP COLFONDOS (fl. 28, pdf. 1); **iv)** que el 3 de julio de 1997, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 41 pdf 1); **v)** que el 29 de septiembre de 2020, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 42, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al</i>

		<i>afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora ANA MARIA OSORIO MEJIA se trasladó a la AFP COLFONDOS el 29 de noviembre de 1994 y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y

suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1, min. 15:43), pues al efecto solo manifestó que ara la época trabajaba en la Secretaría de Hacienda y allí acudieron asesores de COLFONDOS, que les dijeron que los fondos privados ofrecían mayores beneficios, que podía pensionarse a menor edad y obtener una mesada más alta. Señaló que al momento del traslado le aseguraron que mantendrían varias condiciones favorables de la Caja del Distrito.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, pues las consecuencias jurídicas que aquí se declaran se derivan de la falta al deber de información al momento del traslado y no de la afiliación que es la que se realiza inicialmente al Sistema de Pensiones. Ello conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de

garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, la Sala modificará el numeral primero de la sentencia y dictará la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP COLFONDOS S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al

tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia, que omitió referirse a este puntual aspecto.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará así: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante ANA MARIA OSORIO MEJIA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (última AFP en la que estuvo la actora) trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la demandante, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que la AFP COLFONDOS S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(En licencia por incapacidad médica)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA MARÍA OSORIO MEJÍA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2020 00382 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 16 2018 00224 01

Bogotá D.C. treinta y uno de marzo (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes en contra de la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2020 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al pago de honorarios profesionales.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ALEXANDER CONTRERAS MORA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **SERGIO URIEL SUAREZ CASTAÑO**. Solicita que se declare la existencia de un contrato de mandato oneroso entre las partes, cuyo objeto era realizar las gestiones pertinentes ante el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario N° 2015-00738. En consecuencia, pide condenar al demandado a pagar la suma de cincuenta millones de pesos por concepto de honorarios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que en el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, cursaba proceso ordinario en contra del demandado, con radicado N° 11001310303920150053200, promovido por María Ofelia González Rubiano, Plinio Saldaña Lozada, Ingrid Paola Saldaña González y César Saldaña González; que el demandado contrato sus servicios como abogado para que lo representara en dicho proceso y para ello realizaron un acuerdo verbal en el año 2015; que el 1° de septiembre de 2015, SERGIO URIEL SUAREZ le otorgó poder especial para que adelantara la defensa de sus intereses en el proceso referido; que en ejercicio del mandato conferido contestó la demanda, propuso excepciones, presentó un llamamiento en garantía y una denuncia del pleito; señala que participó de manera personal en las audiencias fijadas; que el 24 de febrero de 2017, el juzgado profirió sentencia en la que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y negó las pretensiones de la demanda; que dicha sentencia ya se encuentra ejecutoriada y el demandado, no ha cancelado el valor correspondiente a los honorarios.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SERGIO URIEL SUAREZ SUAREZ. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia del contrato de mandato y la gestión realizada por el demandante. Señaló que el valor de los honorarios pactados correspondían a la suma de \$3.000.000 y los había pagado. Propuso las excepciones de pago y cobro de lo no debido (fls. 88 a 91).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 27 de noviembre de 2020, declaró la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales y condenó al pago de la suma

de \$20.000.000 por concepto de honorarios profesionales. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que existió un contrato civil de prestación de servicios profesionales, en el cual actuó como contratante el señor demandado Sergio Uriel Suárez Castaño identificado con cédula de ciudadanía número 70902671 y en calidad de contratista y para prestar el servicio de abogado, el señor demandante Alexander Contreras Mora identificado con cédula de ciudadanía número 79704421. **SEGUNDO: DECLARAR** que el mencionado contrato de prestación de servicios, tuvo por objeto la defensa judicial del señor Sergio Uriel Suárez, en el proceso verbal número 2015 738 que se adelantó ante el juzgado 20 civil del circuito de Bogotá. **TERCERO: DECLARAR** que la parte demandante el sr Julio Suárez Castaño incumplió el contrato de prestación de servicios declarado en la presente sentencia, toda vez que no pago monto de honorarios alguno en favor del demandante. **CUARTO: CONDENAR** al demandado señor Sergio Uriel Suárez Castaño identificado con cédula de ciudadanía número 70902671 a pagar al demandante, señor Alexander Contreras Mora el monto de 20 millones de pesos moneda corriente, por concepto de los honorarios causados respecto del contrato declarado, en la presente sentencia suma que deberá ser indexada, al momento del pago conforme a los índices de precios al consumidor, conforme la fórmula expresada en la parte motiva de esta providencia, teniendo en cuenta como índice de precios inicial, el mes de julio del año 2017 y como índice de precio final, el del vigente en aquel momento en que se haga el pago total de la obligación. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. **SEXTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada para que se la liquidación por Secretaría incluyendo el monto de un millón como una corriente como valor de las agencias en derecho, esta decisión se notifica en estrados.”

El Juez definió el problema jurídico en determinar la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales, y definir la procedencia del pago de honorarios profesionales. Para resolverlo indicó que el demandado aceptó la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales, en el que el demandante se comprometió a asumir su defensa dentro de un proceso civil. Señaló,

que las pruebas del expediente acreditan que el actor cumplió el objeto del mandato conferido y que por ello procede el pago de los honorarios que reclama. Definió que al no existir acuerdo escrito sobre el valor pactado por concepto de honorarios, se aplica el acuerdo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, que define la fijación del valor de las agencias en derecho, teniendo como referente tal disposición estimó los honorarios en la suma de \$20.000.000.

III. RECURSO DE APELACION

La parte demandante solicita que se modifique el valor de los honorarios fijado por el juez de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que para definir el valor de los honorarios, el juez no tuvo en cuenta el valor total de las pretensiones del proceso civil, donde fungió como apoderado del demandado. Señala que no se sumó al valor de las pretensiones encaminadas a la resolución del contrato de compraventa de las acciones de la empresa, que en total las pretensiones del proceso civil, suman alrededor de \$387.500.000 y sobre esta base es que debe tasarse el valor de los honorarios.¹

¹ “Sí quiero presentar recurso apelación lo sustento en los siguiente elementos de juicio, si bien es cierto el despacho tuvo en cuenta para las condenas la suma de 279 millones, que fue el valor que en la subsanación de la demanda, el apoderado en su momento de los demandantes, María Ofelia González Rubiano y demás personas dentro del proceso 2000 15738 que al momento de subsanar la demanda el juzgado le solicitó que aclarara el juramento estimatorio, pero hay que tener en cuenta su señoría, que el juramento estimatorio, únicamente se relaciona la indemnización de los frutos o perjuicios, que ellos estaban reconociendo es decir que despachó en si en efecto, debe tener en cuenta esos perjuicios pero esos perjuicios también deben tenerse en cuenta, que las pretensiones principales de la demanda, cursaban o iban enfocadas a la resolución del contrato de compraventa, de las acciones de la empresa, que iba por el orden de los \$ 387.500.000 y adicionalmente están solicitando 200 millones de pesos más, es decir que para el presente caso, estimó que la base para la cual se debe tazar los honorarios profesionales, en el presente caso no es algo diferente a estas 2 sumas, porque si bien es cierto el juramento estimatorio de conformidad con el 206, únicamente hace reconocimientos al juramento de los perjuicios o utilizaciones, que ellos argumentan, era perjuicios económicos que habían surgido, como consecuencia del cumplimiento pero en sí no eran las pretensiones de la demanda, las pretensiones de la demanda giraban reiteró por el orden de los 387 millones \$ 387.500.000, como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa, por las acciones objeto de la Litis, más la devolución de 200 millones, más el traspaso de cuatro tracto camiones que habían traspasado al señor Suárez sin ninguno de buena fe por parte de esos señores, entonces su señoría sino que pasa la sentencia únicamente en el juramento estimatorio que hace referencia a las indemnizaciones o a lo que ellos pretendían como reconocimiento indemnización, que no es otra cosa que los perjuicios

El apoderado de la parte demandada solicita que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que su poderdante no desconoce la existencia del contrato de prestación de servicios profesionales, ni el trabajo juicioso del demandante en la ejecución del mismo. Señala que la prosperidad de la excepción de pago propuesta en la contestación de la demanda, se acreditó con los recibos de pago que se aportaron al proceso, que como se indicó en la contestación la suma pactada por honorarios fue \$3.000.000, que este pago se acredita con los recibos de \$600.000, \$500.000 y \$900.000, a los cuales debe dársele pleno valor probatorio, pues aun cuando el demandante refirió en el interrogatorio de parte que estas sumas de dinero correspondían a abonos por otros procesos que él le llevaba a su poderdante, no acreditó ni probó cuales eran esos otros procesos a los que podrían imputarse dichos pagos, y de todas formas aceptó haber recibido tales sumas de dinero. Agregó, que por las fechas de las transferencias se puede establecer que se realizaron dentro del lapso que duró el proceso civil y durante el cual ejecutó el mandato el actor. Finalmente refiere que el juez de primera instancia paso por encima del acuerdo realizado por las partes, el cual establecía como honorarios la suma de \$3.000.000 y que de todas formas las pretensiones de la demanda en el proceso civil eran únicamente por

causados por el incumplimiento, pues dejo desconoce las pretensiones objeto de la demanda que cursó en el juzgado 20 civil del circuito y por lo cual, en argumentó deben ser tenidas en cuenta estas sumas, como lo son los reitero para no ser cansón los \$387.500.000 más 200 millones que están solicitando ellos en la demanda y sobre esas sumas obviamente, del valor también de los tracto camiones que se pasaron en confianza, que argumentaban ellos qué son las sumas con las cuales, se debe tazar la sentencia y pues no los 279 millones a qué hace referencia al juramento estimatorio, que no era otra cosa que los perjuicios, que ellos pensaban que habían sido como consecuencia, del incumplimiento en su momento, entonces en ese sentido su señoría presento mi recurso de apelación para que sea modificada la base con la cual el juzgado calificó y con base en la cual el juzgado, calculó los honorarios del presente prohiado, a fin de que se tengan en cuenta las sumas que acabo de mencionar, había puesto y si hacen parte de las pretensiones de la demanda y que el juzgado no tuvo en cuenta al momento del fallo y pues únicamente tuvo en cuenta el juramento estimatorio, reitero que pues no es nada más que la tasación de los perjuicios, más no de las pretensiones de la demanda, en ese orden de ideas señoría presento en mi recurso muchas gracias.”

\$200.000.0000 y no por la suma superior que definió el juez, ni la que refiere el demandante en su recurso.²

² “Su señoría muy buenas tardes, en este momento reasumo el poder otorgado por mí poderdante, el señor Sergio Álvarez Castaño, en este momento interpongo recurso de apelación con base en el artículo 66 del código de procedimiento laboral, que hace referencia al recurso de apelación, con base en las sentencias, 66 es era apelable la sentencia de primera instancia es una sentencia de primera instancia que es apelable. Por otra parte haciendo uso del artículo 29 del debido proceso de la Constitución Política, que me da la oportunidad de presentar y ahí habilitarme como recurrente, en ese orden de ideas los señores magistrados, me voy a dirigir a los señores magistrados porque esto va para los señores magistrados, señores magistrados tener en cuenta estas circunstancias, que voy a darle a conocer, no compartir señores magistrados no compartir lo esbozado, por el señor juez 16 laboral del circuito de Bogotá en este orden de ideas, primero que todo mi poderdante acepta que existió el contrato señores magistrados, acepta el trabajo juicioso señores magistrados, el trabajo juicioso, del abogado Alexander Contreras, señores magistrados, igualmente tengan en cuenta el trabajo juicioso de mi apoderado, Sergio Suárez Castaño en su pago, en ninguna parte del proceso pudo demostrar el señor Alexander Contreras y desvirtuar las pruebas documentales allegadas a este proceso en cuanto al pago, la excepción de pago no fue desvirtuada en ningún momento, se le cancelaron 2 millones de pesos consistente en 3 recibos, esos recibos aluden al pago de \$500.000, \$600.000 y \$900.000 no pudo desvirtuarlos en el interrogatorio de parte, que oficiosamente les realizó el señor juez 16 laboral del circuito, señores magistrados, más bien titubeaba, se mostraba nervioso el interrogado y no pudo demostrar y no sólo que demostrar porque, señoras y señores magistrados en el minuto 35:39 de la actuación, él habló de cuota Litis, cuota que nunca lo dijo en los hechos de la demanda, nunca pero después nos apareció con otra sorpresa señores magistrados, nos apareció que la cuota litis era del 10%, nos sigue sorprendiendo, después nos dijo que el 5% si fracasaba en la contestación de la demanda, eso nunca nos lo dijo en los de la contestación de los hechos en el relato de los hechos nunca nos lo dijo, pero él trató de acomodar las cosas señores magistrados en su honorable sala, aduciendo que el primer recibo o el segundo recibo no me acuerdo cómo fue, pero si está en el minuto 39:40 de la intervención de la audiencia de trámite, donde él dice, que él recibió era para una póliza, pero que la póliza había sido aportada en la demanda, documentos extemporáneos y argumentos inverosímiles, que nada aportan al proceso, sino la sola mala fe del señor, él dice muy claramente eso fue para una póliza, pero más adelante dice que el recibo otro, era para adelantarle otros procesos y que el recibo de \$900.000 el cual pongo de presente, era para adelantarle otros procesos por qué no lo dijo en los hechos, por qué no lo testificó en los hechos de la demanda, que además de esta demanda, él adelantaba otros procesos, que él le llevaba más procesos avances y eso no lo dijo en los hechos de la demanda lo dijo en el interrogatorio de parte, pero tratando de desvirtuar el pago, tratando de desvirtuar el pago, el pago de que, de los \$500.000 de los \$600.000 y de los \$900.000 pero más aún señores magistrados, el demandante se desborda aún más y asegura cuando el señor juez 16 laboral del circuito le pregunta, que si trató de cobrar la suma adeuda, que si hizo algún intento por cobrarle a Osorio Suárez Castaño, él dice sí señor yo le hice una cuenta de cobro, fui personalmente le hice una cuenta de cobro, sí señor yo he hecho una cuenta de cobro fui personalmente le hice una cuenta de cobro y el señor 16 laboral del circuito de Bogotá, le dice tiene forma de probar eso, dice sí claro yo le pase una cuenta de cobro, por un correo electrónico, señor juez 16 laboral del circuito le responde tiene pruebas y dice si yo le aporte al proceso, en el proceso no está señores magistrados, dónde está el correo electrónico, no lo veo por ningún lado no aparece por ningún lado el correo electrónico, más inconsistencias, y más consistencias la cuota Litis, el correo electrónico la totalidad del 10%, la cuota litis del 5% pruebas extemporáneas faltando 5 días para la audiencia de trámite, tratando de subsanar lo que no pudo hacer ni en la demanda, ni en la subsanación de la demanda, ni en una reforma de la banda como mismo juez 16 laboral del circuito lo afirma, si él quería aportar más pruebas tendría que haber hecho la reforma de la demanda, pero no hizo la reforma de la demanda sino que llegó ella aportó 40 folios del 101 al 141, tratando de enderezar lo que mal había hecho en la demanda, no aportar la cuenta de cobro, no aportar y decir que sí tenía más procesos haberlos haberlo dicho, haberlo dicho pero sí tenía más procesos señores magistrados dónde están los recibos de los demás procesos o sea llevaba el verbal, llevaba ejecutivos y lleva una cantidad de procesos, que dice que acá es que como casi 40 pero que no aportó, sino poquitos porque para no encartar el expediente, dónde están las pruebas de que tenía más procesos, de que esos aportes o pagos se hacían o sea que llevó más procesos, llevo a este proceso o

sea que Uriel únicamente le pagó 2 millones de pesos, no se comparte con el señor 16 con el señor juez 16 laboral del circuito su fallo. Por otro lado señor juez, por otro lado señor juez señores magistrados discúlpeme, vamos a hacer un ejercicio señores magistrados, que no lo hizo el señor juez 16 laboral del circuito, las fechas de pago, la primera fecha de pago noviembre 2015 \$ 600.000, la segunda fecha de pago febrero 16 \$500.000, la tercera fecha de pago 14 de mayo de 2016, señores magistrados el proceso empezó en septiembre de 2015, el proceso terminó en enero 2017, 3 fechas de pago están dentro del rango de la ejecución de su mandato, se pactó aproximadamente él no lo dicen ni en los hechos, cuando se pactó el contrato, pero por razón podría decir que el contrato se pactó, cuando se firmó el poder, porque él ni se acuerda cuando firmó el contrato el demandante, pero digamos que se firmó en septiembre 2015 en septiembre 2015 y terminó con la sentencia en febrero 2017, los pagos están dentro de ese rango de esas fechas señores magistrados, entonces no veo qué relación u otro negocio puedan tener, el señor demandante y hoy aquí el demandado señor Sergio Luis Suárez Castaño, si fue que le compro llantas o le vendió llantas, que es el negocio del señor Sergio Uriel Suárez Castaño, en todo caso el señor demandante aceptó los pagos, no los tachó de falsos que trató de demostrar que era para otra cosa, que lo no lo logró probar y el aceptar que se hicieron los pagos, entonces están aceptando que fueron para este proceso, porque están dentro del rango del proceso del proceso que se adelantó en los juzgado 20 civil del circuito de Bogotá y proceso que el gano muy acuciosamente, pero también se le pagó juicio solamente, o que nos demuestre para que utilizó ese dinero, o cuál fue el otro negocio señores magistrados, no logró demostrar no tenían negocios de llantas, entre ellos como acabo de repetir, señores magistrados el señor juez 16 del laboral de circuito presume el hecho número 8, pero si se desvirtúa, que lo presume como cierto, pero si lo logramos desvirtuar, señores magistrados cómo? Con los 3 recibos que se allegan al expediente en la contestación de la demanda, eso se logró el interrogatorio de parte rendido, por el demandante no logró desvirtuar que no fueran para otra cosa, si existían otros procesos porque no lo demostró si don Sergio Uriel Suárez Castaño, tuviera otra obligación con el haberle demostrado, pero se limitó a decir yo tuve un contrato con don Sergio Uriel por un proceso me debe 50 millones de pesos, estos son los argumentos pero cuando aparecen las excepciones, ahí si le daba afán de ir aportar nuevas pruebas, en ese orden de ideas señores magistrados absoluta mala fe de las personas al demandar, pero como lo dijo el señor juez 16 laboral del circuito, si tenía un poder general para tantos procesos, por qué debió de haber existido un poder general para adelantar tantos procesos, o era uno por uno, usted lo dice él el señor juez 16 laboral del circuito lo dijo, pero tiene en cuenta a favor eso y no he contra de mi representado, Pero tiene en cuenta a favor eso y no en contra de mi representado, dónde está el poder general para llevar tantos procesos ni en los hechos ni en el interrogatorio de parte, el interrogatorio de parte se limitó a decir yo tuve hartísimos procesos con él 40 o 50 ahí lo aportó, extemporáneamente pero mal, me da la equivocación del señor juez 16 laboral del circuito al valorar el último recibo de pago, que se realizó el 16/05/2016 un recibo de pago por \$ 900,000, es una prueba documental está dentro del rango del proceso verbal adelantado en el juzgado 20 civil del circuito de Bogotá, pero el señor juez 16 laboral del circuito habla que ese recibo no lo lleva a la verdad, que más bien lo lleva es a dudar de la existencia de ese pago, pero si miramos el recibo vuelvo y lo digo el recibo está dentro del rango del proceso, de la existencia del proceso pero más aún firma y cedula del demandante, no sé si estaré equivocado pero para mí los 270 millones no existen en la demanda, la demanda existe una tasación juramentada por el valor de 200 millones a Folio 18 señores magistrados, para que haga su ejercicio para que hubiese hecho el ejercicio el señor juez 16 laboral del circuito, en ese orden de ideas señores magistrados solicito muy respetuosamente, se tenga por probar las excepciones de pago, de cobro de lo no debido, propuestas y llevadas en la contestación de la demanda, al expediente pero el señor juez 16 laboral del circuito, toma el acuerdo 188 de 2003 para tasar los honorarios, pasando por encima del acuerdo realizado entre el demandante y demandado hoy acá, en un proceso donde se le cancelaron los honorarios, acuerdo que fue realizado en agosto para claridad, el demandante en agosto de 2015, en qué consistió el acuerdo, adelante en este proceso, contésteme esta demanda yo le pago sus honorarios, fueron por 3 millones de pesos 600, 500, 900 y en las oficinas del señor Sergio Julián Álvarez Castaño en la avenida centenario con carrera 100 se le canceló el resto, ahora que por su por su éxito en el proceso quiera pasar por encima de lo acordado es diferente, no sé cuál sería el motivo, pero en la sentencia de juzgado 20 civil de circuito prosperó, fue la excepción de falta de legitimidad en la causa por activa, para mi seria inaudito y cada vez que prospere esa falta por activa, se condene y entonces a la persona demandada a pagar, lo que pidieron, por lo que pidieron señor juez señores magistrados, entonces yo no le veo la razón de ser señores magistrados, si las peticiones eran de 1000 millones de pesos o 2000 digamos, y miremos que prosperó fue la falta de legitimidad en la causa por activa,

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante presentó alegaciones. Solicita que se modifique la sentencia de primera instancia en los aspectos planteados en el recurso. Por su parte el apoderado de la parte demandada no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir el valor de los honorarios profesionales que corresponden al demandante por la gestión desarrollada y si se probó el pago de alguna suma de dinero por este concepto.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia en esta instancia que: **i)** entre el demandante y el demandado existió un contrato de prestación de servicios profesionales (hecho definido

el señor juez 20 civil del circuito dijo, para que me comprenda la idea, él dijo ustedes no tienen derecho a cobrar este dinero, ustedes no tienen ese derecho, por qué porque no están en el contrato o ya se salieron del contrato, pero él nunca condenó en concreto a una determinada suma de dinero, mal haríamos cada vez que sé que se gana una sentencia o un proceso, por esa causal entonces vamos a mirar a ver por donde yo me le puedo meter para cobrar más plata al defendido, porque haya han perdido 2000 millones de pesos, pero como ya había cobrado 3 señores magistrados entonces por aquí me le puedo meter, por aquí me le puedo meter y Así fue señores magistrados, porque entonces de dónde salen los recibos, en ese orden de ideas señores magistrados solicitó, negar las pretensiones al demandado, solicito de manera muy respetuosamente no aceptar lo resuelto por el señor juez 16 laboral del circuito y señores magistrados solicito muy respetuosamente aceptar las excepciones de pago y del cobro de lo no debido por el demandado Sergio Uriel Suárez Castaño, muchas gracias señor juez 16 laborales circuito por darme la oportunidad de sustentar el recurso, en ese orden del día estaré atento gracias.”

por el juez en decisión que en los pertinente no fue objeto de recurso y aceptado en la contestación de la demanda); **ii)** que el objeto del contrato consistía en asumir la defensa del aquí demandado dentro del proceso verbal N° 2015-00738, gestión que fue cumplida por el demandante (hecho definido por el juez en decisión que en los pertinente no fue objeto de recurso y aceptado en la contestación de la demanda).

- **Sobre los honorarios profesionales**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, los artículos 2142 y 2143 del Código Civil definen al mandato como el contrato mediante el cual una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, quien se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Este contrato puede ser gratuito u oneroso, y tratándose del mandato para gestiones judiciales la remuneración se define por lo acordado entre las partes antes o después del contrato, y a falta de acuerdo, por lo que disponga la Ley según las gestiones realizadas.

Sobre este último aspecto, y que ocupa la atención de la Sala, teniendo en cuenta que, como se aduce en la demanda, no existe convenio o contrato escrito del valor de los honorarios pactados, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que en este tipo de procesos, el abogado que pretenda la fijación del valor de los honorarios por parte del juez laboral debe acreditar: **i)** que realmente prestó servicios a su cliente; y **ii)** cual era el monto de sus honorarios, es decir, lo que acostumbran cobrar los abogados teniendo en cuenta la naturaleza, cantidad, calidad e intensidad, entre otros aspectos pertinentes, relativos a la gestión cumplida. Dice la Corte que dicha remuneración usual se prueba en los términos del artículo 189 del CPC hoy 178 del CGP con apoyo en peritos, testimonios o documentos tales como las tarifas de los colegios de abogados aprobadas por el Ministerio de Justicia. (Sentencia SL 11265-2017).

Teniendo en cuenta el anterior fundamento normativo y jurisprudencial, en el presente asunto no existe discusión sobre la existencia del contrato y el cumplimiento del objeto del mismo por parte del demandante, pues así se definió en la sentencia de primera instancia, en decisión que en este aspecto no fue objeto de recurso.

Ahora bien, reclama el demandante un incremento en el valor de los honorarios fijados por el juez de primera instancia, quien, ante la falta de prueba de la suma pactada, aplicó las reglas definidas en el Acuerdo N° 1887 de 2003. Sobre esto último, conviene precisar que, en estos casos el valor de los honorarios se fija en la forma que define la jurisprudencia citada, y por ello, éstos han debido tasarse teniendo en cuenta lo que probó el demandante sobre lo que acostumbran cobrar los abogados teniendo en cuenta la naturaleza, cantidad, calidad e intensidad de la gestión desarrollada. Como este aspecto no lo controvertió la parte demandante, la Sala estudiará únicamente si la base del valor total de las pretensiones del proceso civil que tramitó el actor, corresponde a la misma que definió el juez de primera instancia, o si es necesario realizar un ajuste en el monto liquidado por el juez.

Al efecto, el numeral 1.3 del artículo 6° del Acuerdo 1887 de 2003, norma que tuvo en cuenta el juez de primera instancia para definir el valor de los honorarios, define: *“Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia. Si ésta, además, reconoce o niega obligaciones de hacer, se incrementará hasta cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes por este concepto.”*

Revisadas las pruebas del expediente, se advierte que dentro del proceso civil N° 2015-738, que se tramitó ante el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, los demandantes dentro de dicho proceso reclamaron, la resolución del contrato de compraventa suscrito entre las partes el 29 de abril de 2013, la condena al pago

de la indemnización de perjuicios a los vendedores, y la restitución de los traspasos de confianza realizados sobre los vehículos de placas SRL 334, SRL 654, UPO 008 y UFP 376, y de las acciones que le fueron entregadas. La parte demandante dentro de dicho proceso, estimó la cuantía en la suma de \$200.000.000 (fls. 12 a 18).

De lo anterior deduce la Sala que las pretensiones del proceso civil en el que ALEXANDER CONTERAS MORA fungió como apoderado de SERGIO URIEL SUAREZ CASTAÑO, se estimaron en la suma de \$200.000.000, tal como lo definió el juez de primera instancia, al momento de tasar el valor de los honorarios. Para responder el argumento de apelación que plantea la parte demandante, según el cual, la cuantía de las pretensiones ascendía a la suma de \$387.500.000 y sobre éste debían liquidarse los honorarios, lo cierto es que al revisar de manera conjunta el texto de la demanda, se observa con claridad que el valor total de las pretensiones corresponde al que se definió en precedencia, pues en el literal B) del hecho sexto de la demanda refiere que: “(...) *SERGIO URIEL SUAREZ CASTAÑO, NO CUMPLIO CON LO PACTADO, NI CON LOS PAGOS ESTABLECIDOS EN EL CONTRATO FIRMADO POR LAS MISMAS PARTES, el 29 de abril de 2013 en cuantía de \$200.000.000 millones de pesos*”, de ello se establece que el incumplimiento que se endilga al demandante dentro del proceso civil, corresponde a la suma de \$200.000.000 y no al valor total de contrato de compraventa que corresponde a la suma de \$387.500.000 (fl. 13) y además fue esta suma en la que la parte demandante estimó la cuantía del proceso.

Sobre los pagos parciales, que el apoderado de la parte demandada aduce haber realizado al demandante, se advierte que de folios 85 a 87 se aportaron tres recibos de pago, uno por la suma de \$500.000, otro por \$600.000 y un último por \$900.000, que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta, pues en su criterio, no

se probó que dichos abonos correspondan a los honorarios que se adeudan al demandante por la gestión realizada dentro del proceso N° 2015-738, tramitado en la especialidad civil.

Al realizar una revisión de los documentos referidos, no puede la Sala tenerlos en cuenta como un pago parcial de la obligación aquí definida, pues el documento visto a folio 85, da cuenta de una transferencia bancaria realizada el día 22 de febrero de 2016, por la suma de \$500.000, sin embargo de dicho documento no se deduce de manera clara, a que concepto corresponde el pago; sobre la transferencia bancaria realizada el día 30 de noviembre de 2015, por \$600.000 (fl. 86), ocurre lo mismo, en tanto no es posible establecer a que rubro corresponde el pago; y del recibo de caja de folio 87, donde consta que el 14 de mayo de 2016, se realizó un pago por valor de \$900.000, tampoco se deduce que dicho abono corresponda a los honorarios correspondientes al proceso N° 2015-738, pues solo precisa como concepto *“llevar procesos abril - mayo”*.

Si bien el demandante en la diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 2, min. 31:57) aceptó recibir dichas sumas de dinero, lo cierto es que también precisó que el pago de \$600.000 realizado el 30 de noviembre de 2015, se realizó para que efectuara el pago de una póliza que se requería para prestar caución por el decreto de unas medidas cautelares dentro de uno de los procesos ejecutivos que le llevaba al demandado, y los otros dos abonos correspondían a pagos mensuales que le realizaba SERGIO URIEL SUAREZ CASTAÑO, por la revisión mensual de otros procesos ejecutivos que le llevaba.

Así las cosas, no puede tenerse como una confesión de pago parcial lo manifestado por el demandante en el interrogatorio de parte, pues aunque aceptó haber recibido dichos dineros no aceptó que estos tuvieran como destino el pago de los honorarios que se le adeudaban por representar al demandado dentro del proceso N° 2015-738 y por ello no pueden ser tenidos en cuenta para el efecto.

Sobre los argumentos expuestos por el apoderado de la parte demandada en el recurso, la Sala dirá que no existe confesión sobre el pago por parte del demandante, por las razones expresadas en precedencia y que aun haciendo el ejercicio de revisar que los pagos aducidos por el demandado se realizaron dentro del lapso que duró el proceso N° 2015-738, tampoco podrían imputarse dichos abonos a la obligación aquí reclamada, pues sería entrar a suponer la destinación de unos valores sobre los cuales SERGIO URIEL SUAREZ CASTAÑO tenía la carga de probar a que concepto correspondían, pues no es suficiente adjuntar unos recibos de pago sin conocer la destinación del valor, para acreditar el pago de una obligación.

Por las anteriores razones, se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 016 2018 00224 01

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(Ausente por incapacidad médica)



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 16 2019 000423 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 8 de octubre de 2021, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. Además se condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CARLOS ALBERTO PÉREZ PINILLA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Solicitó además que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, teniendo en cuenta las reglas definidas en el acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 24 de febrero de 1954; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de abril de 1984 y el 31 de agosto de 1996, y cotizó a dicha entidad un total de 301.57 semanas; que el 30 de agosto de 1996, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCION; que el 29 de septiembre de 1997, se trasladó a la AFP PORVENIR, que el 30 de mayo de 2003, se trasladó a la AFP ING hoy PROTECCIÓN; y finalmente, el 11 de mayo de 2007, se trasladó a la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar a dicho régimen; que el 25 de abril de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inoponibilidad,

responsabilidad *siu generis* de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos y buena fe (Cd. 1).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión por administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (Cd. 2).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación del demandante a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (Cd. 3).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 8 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado

de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. Además condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó el demandante el señor CARLOS ALBERTO PEREZ PINILLA, identificado con la cédula 19.277.235, desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el día 30 de agosto de 1996, y que tuvo efectividad a partir del 31 del mismo mes y año, y por tanto son ineficaces los traslados horizontales que realizó a otras AFP dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siendo estos, el traslado que efectuó a PORVENIR S.A., con efectividad desde el 1 de noviembre de 1997, el realizado a la AFP ING, efectivo desde el 1 de julio de 2003, y el retorno que hizo a la AFP PORVENIR, en el mes de julio del año 2007, todo ello en razón al incumplimiento del deber de información por parte de las AFP mencionadas. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, incluyendo capital, intereses, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, y en general toda suma que se haya recibido en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por motivo de las cotizaciones efectuadas en favor del demandante. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recepcionar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor condenados en el numeral segundo que antecede, y a reactivar la historia laboral de cotizaciones del demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual se declara es el Único al que en forma válida se ha encontrado afiliado el demandante. **CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante CARLOS ALBERTO PEREZ PINILLA, pensión de vejez, conforme al Régimen de Transición

*del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto al requisito de edad y número de semanas cotizadas, y en lo que se refiere a las demás exigencias como el Ingreso Base de Liquidación, deberá realizarse conforme a la Ley 100 de 1993 artículo 21, es decir, o bien tomando los diez Últimos años de cotización o toda la vida laboral de cotizaciones, lo que resulte más favorable, así mismo teniendo en cuenta que la tasa de reemplazo debe establecerse conforme los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, todo esto sin perjuicio de que el actor pueda optar por la pensión acogiendo a la totalidad de los presupuestos de la Ley 100 de 1993, si le resultara más favorable. **QUINTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a que el reconocimiento de la pensión condenada en el numeral cuarto que antecede, debe efectuar una vez y a partir de la fecha en que acredite el retiro del sistema pensional el señor demandante. **SEXTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado. **SÉPTIMO: ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones que no fueron acogidas en esta parte resolutive, específicamente en lo que tiene que ver con condena a COLPENSIONES a pagos de retroactivo pensional, intereses moratorios e indexación, las cuales se reiteran solo podrán ser reconocidas y pagadas una vez se retire el actor del sistema pensional y así lo acredite. **OCTAVO: CONDENAR** en costas de la instancia al extremo demandado, practíquese la liquidación por Secretaría, incluyendo los montos de medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las AFP PORVENIR S.A., y PROTECCION S.A., por concepto de las agencias en derecho, y de un cuarto (1/4) de SMLMV a cargo de COLPENSIONES por el mismo ítem.”*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado del actor es ineficaz.

Definió además que el demandante tiene la condición de beneficiario del régimen de transición y cumple los requisitos definidos en el Acuerdo 049 de 1990 para causar el derecho a la pensión de vejez y por ello, condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de dicha prestación en favor del demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la decisión emitida atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. Señaló que el demandante de manera libre y voluntaria decidió hacer el cambio de régimen pensiones y no solo lo mantuvo a través del tiempo sino que además realizó traslados diversos entre AFP. Sobre la devolución de los gastos de administración precisó que este descuento que realiza la AFP se encuentra debidamente autorizado por la ley, y que dichos valores están destinados a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación de un afiliado. Agrega que a los demás descuentos efectuados se les dio la destinación que la ley ordena y por ello dichos valores no se encuentran en poder de la entidad. Finalmente aduce que estas sumas de dinero están sujetas al término de prescripción trienal previsto en las normas laborales, en cuanto no forman parte del capital que financiara el derecho pensional del actor.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la decisión dictada, atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema, en cuanto el traslado de régimen efectuado por el actor se hizo de manera libre y voluntaria, y así consta en los diferentes formularios de afiliación que suscribió. Sobre la condena

al reconocimiento y pago de la pensión de vejez refirió que debe verificarse que el valor que tiene el demandante en la cuenta de ahorro individual sea equivalente al número de semanas que exigen las normas para el reconocimiento de esta prestación.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto no resulta aplicable al caso bajo estudio el criterio jurisprudencial definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy

PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos, así como la procedencia de ordenar la devolución de los gastos de administración al RPM.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 24 de febrero de 1954 (fl. 33); **ii)** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de abril de 1983 y el 31 de agosto de 1996, por un total de 301.57 semanas (Cd. 1, Pdf. 1, Fl. 17); **iii)** que el 30 de agosto de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN (Cd. 2, Pdf., Fl. 48); **iv)** que el 29 de septiembre de 1997, se trasladó a la AFP PORVENIR (Cd. 3, Pdf. 2, Fl. 35); **v)** que el 30 de mayo de 2003, se trasladó a la AFP ING hoy PROTECCIÓN (Cd. 2, Pdf. Fl. 48); **vi)** que el 11 de mayo de 2007, se trasladó a la AFP PORVENIR (Cd. 3, Pdf. 2, Fl. 36); **vii)** que el 25 de abril de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 43).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo que regula la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar

sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de

diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor CARLOS ALBERTO PÉREZ PINILLA se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCION el 30 de agosto de 1996, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 7, min. 45:53), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en la Superintendencia de Servicio Públicos, que por el pánico público que había por la posible liquidación del Seguro Social, la entidad les hizo una reunión general con asesores de fondos donde les dijeron que en el nuevo régimen pensional podrían pensionarse a menor edad y que las condiciones pensionales serían mejor que en el ISS.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del

traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los

gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PROTECCION S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia, que omitió referirse a este puntual aspecto.

En lo que respecta al derecho pensional del demandante, se advierte que la sentencia de primera instancia ordenó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, bajo los lineamientos que define el Acuerdo 049 de 1990, al concluir que es beneficiario del régimen de transición, la Sala revisará si el actor tiene derecho a la prestación; si conservó el beneficio de la transición hasta el 31 de julio de 2010 o si causó la pensión antes del 31 de diciembre de 2014.

Al efecto, está acreditado que al demandante le es aplicable el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a 1° de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad (fl. 89), y en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005, conservó tal beneficio hasta el 31 de diciembre de 2014, pues para el 25 de julio de 2005 (fecha de entrada en vigencia de la enmienda

constitucional) contaba con 1.021,56 semanas de cotización, según consta en la historia laboral aportada por PORVENIR en folios 207 a 211 y el resumen de historia laboral válido para bono pensional (Cd. 2, Pdf. 2, Fl. 3), por ello es pertinente aplicar a su situación pensional las disposiciones previstas en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Esta última norma establece en su artículo 12, el derecho a la pensión de vejez para los hombres que tengan 60 años o más y cuenten con 1.000 semanas de cotización en cualquier tiempo, condiciones que cumple el actor, quien llegó a la edad de 60 años el 24 de febrero de 2014 (fl. 33 vto.) y para dicha fecha ya contaba con más de 1.000 semanas de cotización como se refirió en el párrafo precedente.

Así las cosas, procede el reconocimiento de la pensión de vejez al actor por parte de COLPENSIONES, tal como lo definió el *a quo*, no obstante la Sala adicionará el numeral cuarto de la decisión de primera instancia, en el sentido de indicar que el reconocimiento de la prestación solo procede, una vez se efectuó el traslado de las sumas ordenadas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., momento a partir del cual COLPENSIONES procederá a determinar los aspectos determinantes de la pensión de vejez a la que tiene derecho la demandante en virtud del Acuerdo 049 de 1990, tales como el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, IBL o fecha de disfrute de la pensión.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que la AFP PROTECCION S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicho fondo, valores que

deberán ser indexados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que el reconocimiento de la prestación solo procede, una vez se efectuó el traslado de las sumas ordenadas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., momento a partir del cual COLPENSIONES procederá a determinar los aspectos determinantes de la pensión de vejez a la que tiene derecho el demandante en virtud del Acuerdo 049 de 1990, tales como el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, IBL o fecha de disfrute de la pensión.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(Ausente por incapacidad médica)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO PEREZ PINILLA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

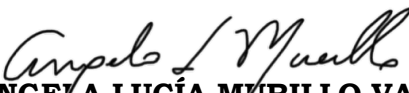
RADICACIÓN: 11001 31 05 016 2019 00423 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 16 2019 00543 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCIÓN y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 26 de octubre de 2021, por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

OLGA JUDITH ROSADO CABARCAS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 1° de octubre de 1961; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 14 de diciembre de 1993 y el 31 de mayo de 1999, y cotizó a dicha entidad un total de 271.14 semanas; que el 28 de abril de 1999, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó que podía regresar al RPM antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad de pensión; que el 24 de abril de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, buena fe e imposibilidad de condena en costas (fls. 85 a 92).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor

de la AFP por inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (Cd. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 26 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por OLGA JUDITH ROSADO CABARCAS del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. **SEGUNDO: ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizar la transferencia. **TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. **CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: CONDENAR** en costas, incluidas las agendas en derecho, a cada una de las demandadas PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la demandante, en la suma de \$1.0000.000. **SEXTO: REMITIR** copia de esta providencia a la Agenda Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021. **SÉPTIMO:** En caso de no ser apelada la sentencia, se

ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.”

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, que la correcta administración de dichos dineros se refleja en los rendimientos obtenidos durante el tiempo de afiliación y que no es posible disponer su devolución, pues no existe un fundamento jurídico para el efecto. Señaló que si se ordena la devolución de los gastos de administración sería asumir que no se generaron rendimientos y en ese orden no procedería su devolución.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la decisión emitida va en contra del principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues la entidad debe asumir una carga que no tenía prevista como consecuencia del querer de la demandante

que en su momento no realizó uso del derecho a la libre escogencia para regresar antes de que se encontrara inmersa dentro de una prohibición legal. Señaló que el traslado es válido en cuanto obedeció a una decisión libre y voluntaria de la demandante.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante presentó alegaciones y solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto se dan las condiciones previstas en la jurisprudencia para declarar la ineficacia de traslado de régimen.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 1° de octubre de 1961 (fl. 13 vto.); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 14 de diciembre de 1993 y el 31 de mayo de 1999, por un total de 271.14 semanas (fls. 38 a 41); **iii)** que el 28 de abril de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCION (fl. 37); **iv)** que el 24 de abril de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 56).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria

con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición</i>

	<i>relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esta Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora OLGA JUDITH ROSADO CABARCAS se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 28 de abril de 1999, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 4 min. 09:01), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en la Clínica la Milagrosa, que los reunieron en un salón con asesores de COLMENA durante aproximadamente 10 minutos y allí les dijeron que el ISS se iba acabar y perderían las semanas de cotización que tenían, que el fondo privado les ofrecía las mismas condiciones para acceder a la pensión y a garantía de que no perdería el tiempo de cotización que ya había realizado.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También

se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo

por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

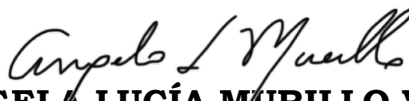
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaracion de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(Ausente por incapacidad médica)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: OLGA JUDITH ROSADO CABARCAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 016 2019 00543 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 21 2018 00061 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la AFP demandada contra la sentencia proferida el 23 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a la AFP PROTECCIÓN a pagar a MARTHA AGUILAR GONZALEZ una pensión de sobrevivientes.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

PATRICIA PIÑEROS SCHUSTER, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su compañero permanente HUMBERTO JOSE MORA GUERRERO. Pide que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en su favor a partir del 22 de marzo de 2017, junto con las mesadas adicionales correspondientes, retroactivo pensional, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que el día 16 de diciembre de 2010, inició una vida en común con el causante HUMBERTO JOSE MORA GUERRERO en la Carrera 12 N° 149^a-44 apartamento 201, en el barrio cedritos de la ciudad de Bogotá; que el 16 de junio de 2014 la demandada PROTECCIÓN notificó al causante sobre el reconocimiento de la pensión de vejez; que el causante falleció el 22 de marzo de 2017; que la convivencia se mantuvo hasta el día del fallecimiento de HUMBERTO JOSE, que éste por razones de salud, debía pasar temporadas en lugares con un clima más favorable para su salud y por ello frecuentaba la ciudad de Fusagasugá; que dependía económicamente del causante; que el 19 de abril de 2017 solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; que mediante comunicación del 27 de julio de 2017, la entidad le informó que se había presentado a reclamar otra persona en calidad de compañera y por ello el conflicto entre beneficiarias debía definirlo la justicia ordinaria.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que reconoció el 100% de la prestación reclamada a MORA AGUILAR JOSE HUMBERTO, en calidad de hijo del causante, desde abril de 2017 hasta junio de 2017, fecha hasta la cual acreditó la calidad de estudiante. Aceptó los hechos relacionados con la condición de pensionado del causante, la fecha de fallecimiento y las solicitudes presentadas. Propuso como excepciones las de imposibilidad de reconocer la pensión por falta de competencia y prescripción (fls. 92 a 95).

Mediante auto del 27 de marzo de 2019, el juez dispuso la vinculación al proceso de MARTHA AGUILAR GONZALEZ, en

calidad de tercero ad excludendum y de JOSE HUMBERTO MORA AGUILAR en calidad de litisconsorcio necesario (fls. 184 y 185).

MARTHA AGUILAR GONZALEZ se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos relacionados con la fecha del fallecimiento del causante y su condición de pensionado y frente a los demás manifestó que no son ciertos. Presentó como excepción la de falta de legitimación en la causa por activa. Solicitó que se tuviera en cuenta su intervención como tercera ad excludendum y al efecto precisó que convivió con el causante en diferentes lugares en la ciudad de Bogotá, que cuando éste inició los trámites de la pensión de vejez, se fue a Fusagasugá para cuidar de sus padres, pero continuaron teniendo una relación de convivencia como compañeros, que se veían los fines de semana; que tenía afiliado al causante a un seguro exequial y por ello recibió el pago del auxilio funerario correspondiente (fls. 196 a 201).

Dentro de la audiencia celebrada el día 26 de enero de 2021, la juez aceptó el desistimiento de las pretensiones, presentado por la demandante PATRICIA PIÑEROS SCHUSTER (Cd. 1, audio 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 23 de febrero de 2021, condenó a la AFP PROTECCIÓN a pagar a MARTHA AGUILAR GONZALEZ una pensión de sobrevivientes. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora MARTHA AGUILAR GONZALEZ tiene derecho al reconocimiento de la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente, el señor HUMBERTO JOSE MORA GUERRERO (q.e.p.d.), a partir del 22 de marzo de 2017. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada

*ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A. a pagar a la señora MARTHA AGUILAR GONZALEZ,
la sustitución pensional con ocasión del deceso de su compañero
permanente HUMBERTO JOSE MORA GUERRERO (q.e.p.d.), a partir
del 1° de julio de 2017, atendiendo la modalidad de pensión elegida
por el fallecido, debidamente indexada a la fecha de pago y conforme
a lo motivado. **TERCERO:** No impartir orden en contra del litisconsorcio
necesario JOSE HUMBERTO MORA AGUILAR. **CUARTO: DECLARAR**
no probadas las excepciones de imposibilidad de reconocer la pensión
por falta de competencia, falta de acreditación de los requisitos para
ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, buena fe por parte de
la demandada, y prescripción propuesta por PROTECCIÓN. **QUINTO:**
CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A. y a favor de la parte
demandante. Líquidense por secretaría, incluyendo la suma de
\$3.000.000 por concepto de agencias en derecho. Sin costas a cargo
del Litis consorcio necesario JOSE HUMBERTO MORA AGUILAR”*

La Juez definió el problema jurídico en determinar la titularidad de la pensión de sobrevivientes que se reclama. Para resolverlo indicó que la prestación reclamada se rige por las condiciones previstas en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la ley 797 de 2003. Definió de las pruebas aportadas que la demandante PATRICIA PIÑEROS no acreditó de manera cierta haber convivido con el causante dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento. Refirió que la tercera ad excludendum MARTHA AGUILAR probó a través de la prueba documental y testimonial solicitada su condición de compañera permanente y la convivencia con el causante por más de 5 años anteriores al fallecimiento y por ello dispuso el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su favor.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera

instancia y se absuelva a su representada del reconocimiento de la prestación solicitada. Para sustentar el recurso, aduce que MARTHA AGUILAR GONZALEZ no acreditó haber convivido con el causante dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento, en cuanto quedó demostrado que la pareja tenía un domicilio distinto, pues el causante residía en Fusagasugá y la demandante en Bogotá, que si bien los testigos señalaron que esta situación se generó porque el causante se había desplazado a dicho lugar para cuidar de la mamá de la demandante, quien se encontraba en delicado estado de salud, pero que la pareja continuó su relación de afecto, comunidad de vida y convivencia cuando el causante viajaba a Bogotá, estima que no resulta lógico que HUMBERTO JOSE MORA prefiriera ir a cuidar de su suegra y no se quedara cuidando de su compañera, quien también tenía graves problemas de salud y que no existiera algún acuerdo entre la pareja sobre el particular. Agrega que el testimonio de los hijos de la señora Martha Aguilar pueden estar parcializados, pues por su condición de hijos es probable que sus declaraciones estén encaminadas a favorecer los intereses de su madre, razón por la que considera no puede dárseles plena credibilidad. Finalmente señala que en caso de confirmarse la decisión de primera instancia debe declararse la prosperidad de las excepciones de falta de competencia y buena fe para revocar la condena en costas impuesta, en cuanto no fue la entidad quien dio lugar a la controversia aquí planteada y tampoco se opuso a las pretensiones de la demanda.¹

¹ “Si su señoría, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir, la cual me permito sustentar en los siguientes términos. No me encuentro conforme con ninguno de los puntos de la sentencia y pues me refiero a la parte resolutive y por supuesto a las consideraciones que la motivaron, en primer lugar y en lo que tiene que ver en la declaratoria del derecho que a juicio de su señoría le asiste a la demandante señora MARTHA AGUILAR, he de manifestar que la valoración que esta apoderada le da al material probatorio compilado es bastante diferente al que efectúa la señora juez, ya que como lo indiqué en los alegatos de conclusión, los testigos que rindieron su versión ante este estrado judicial, pues no generan credibilidad frente al tema de una convivencia ininterrumpida de las partes, por supuesto que comparto lo manifestado por la señora juez y que sustenta además en jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que una pareja puede llegar a acuerdos de no realizar convivencia, que la convivencia de una pareja va más allá del contacto físico, o carnal o que inclusive pueden fijar sus residencias en diferentes lugares, pero como bien lo indicó la señora juez y lo sustentó con la jurisprudencia, estos acuerdos deben estar debidamente sustentados, el

decir de la señora juez es que era tanto el amor de la pareja que incluso, el afiliado fallecido decidió irse a cuidar a los padres de la demandante, pues lo cierto es que de conformidad con los mismos testimonios recibidos en el transcurso de la audiencia pasada, pues se indicó que la madre de la señora Martha Aguilar, era una persona que tenía padecimientos físicos, contaba con una enfermera las 24 horas, es decir no se requería que el afiliado estuviera al cuidado de ella, diferente es que el hubiere querido acompañarla a las citas médicas, y precisamente el cuestionamiento que hace mi representada es que si la señora Martha Aguilar presentaba unos quebrantos de salud bastante grandes, quienes precisamente con ocasión a esa decisión de convivencia mutua que debe haber entre la pareja, pues lo lógico era que el causante hubiese decidido cuidar a su señora esposa, máxime cuando sus únicos dos hijos se encontraban cursando estudios superiores, lo cual pues les ocupaba la mayoría de tiempo, lo cual no les permitía estar pendiente de la señora Martha Aguilar, y eso pues para hacer el llamado de atención al inmediato superior, en cuanto a que, es seguramente aceptable y poco reprochable que una pareja decida hacer una convivencia separada o incluso cuartos diferentes porque al uno le molesta la forma de dormir del otro o porque con ocasión al trabajo como si sucedía y está demostrado por todos los testigos, pues el afiliado en su momento laboraba en sitios diferentes a la residencia del matrimonio, incluso la señora Martha Aguilar con ocasión a su trabajo de auxiliar de vuelo, tenía que estar desplazándose a diferentes lugares, lo que por supuesto no les permitía tener esa convivencia permanente, sin embargo, una vez está pensionado el señor Humberto José Mora, él decide irse a Fusagasugá no por quebrantos propios suyos de salud, sino porque no resistiera el clima de Bogotá, sino porque fue su decisión acompañar a su suegra en sus quebrantos también y como digo esto resulta bastante incomprensible si se tiene en cuenta que la señora Martha Aguilar no gozaba de buena salud, y según su propio y según lo han manifestado también los testigos, tenía unos padecimientos bastantes grandes, incluso estaba en silla de ruedas hace varios años, sumado a ello tampoco comparto la posición de la señora juez en cuanto indica que no resulta válida la posición de esta apoderada en cuanto indicó que el hijo de la señora Martha Aguilar, quien rindió su versión delante de este estrado el señor Juan Sebastián Mora Aguilar, pues recibiera toda la credibilidad y que no resultaba de recibo que esta apoderada hubiese indicado, pues que se trataba de un testimonio parcializado ya que esta apoderada no hizo uso de la oportunidad procesal para realizar la tachá correspondiente, ante ello he de indicar que la oportunidad para presentar tachá se encontraba taxativamente fijada en el CPC mas no en el CGP, ósea ya no existe una estipulación específica de esta tachá, pero como quiera que los jueces no están atados a una tarifa legal de prueba de las pruebas que se recopilen, pero si se pueden observar de manera independiente y con por supuesto aplicar el libre criterio, pueden observar cuando existe una intención de favorecer, sin ánimo de indicar que aquí existió un fraude porque hasta allá no es la posición que tiene esta apoderada, pero si por supuesto entendiendo que el deponente tenía una intención de favorecer los intereses de su señora madre, pues por supuesto indicó todo lo que a ella le convenía, contrario sensu lo que ocurre con las otras dos deponentes Marianita de Jesús Hernández y la señora María Clemencia Aguilar, quienes a juicio de esta apoderada fueron bastante espontáneas en su testimonio, pero que claramente no les consta de primera mano esa convivencia permanente, es decir, ambas testigos indicaron, por ejemplo la señora Marianita de Jesús, que desde hace 30 años vivía en San Andrés y que desde hace 8 años estaba en Bogotá, con ocasión a unos padecimientos de salud de su señor esposo y que ella no visitaba frecuentemente a su hermano, y sabe y tiene conocimiento de oídas que ellos se separaron por un convenio que hicieron, que sabe que ellos estuvieron unas navidades en Fusa pero que a ella no le consta porque varias de esas navidades se encontraba incluso fuera del país. La señora María Clemencia Aguilar, si claramente indica que estando en la ciudad de Bogotá muy pocas veces visitaba a su hermana y que pos supuesto sabía y tenía entendido que tenían una muy buena relación pero no le consta de primera mano esa convivencia que tuvieran así fuere esporádica cada vez que se encontraban, incluso que cada vez que ella viajaba a Fusa, pues no coincidía con su hermana y su cuñado, a juicio de esta apoderada, estos dos testimonios que indico, pues si son bastante espontáneos, pues no dan cuenta de ese acuerdo de la pareja, que listo, como bien lo dijo la señora juez, pues tiene que tener una justificación esa separación que quieran tener de esa residencia, que es lo lógico, de una pareja que se ama y pues lo ideal es que tenga esa vida en común, pero no estamos ante una situación de fuerza mayor o por situaciones de salud propia de la pareja, sino por una decisión que toma el afiliado y pues indica por la misma demandante se va a cuidar de su suegra, lo que insisto resulta un poco difícil de creer si se tiene en cuenta que la demandante padecía unos quebrantos graves de salud, bueno eso en cuanto a las consideraciones que se tiene respecto de la acreditación de esa convivencia permanente o

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada PROTECCION

de ese ánimo de continuar esa unión permanente. Ahora bien, en cuanto a lo que manifiesta la señora juez de la sentencia que cita, respecto de que el hecho que se incluya a una pareja como beneficiaria en un formulario en servicios de salud y pensión y otros beneficios, pues no acreditan una convivencia, estoy totalmente de acuerdo, pues que pueden ser situaciones que se dan en el momento, diligenciarse algún formulario o anexar declaraciones, situaciones que pueden cambiar incluso al otro día, razón por la cual las partes deben demostrar que esa convivencia continúa hasta el final de los días, máxime cuando estamos hablando de la situación de un pensionado, cuya convivencia inmediata anterior al deceso debe ser acreditada, pues a juicio de esta apoderada también el hecho de que el afiliado no hubiese registrado a su compañera o esposa como beneficiaria de una sustitución pensional es absolutamente irrelevante, ya que precisamente es ese momento en el que él va adquirir la calidad de pensionado, en el que él declara cuáles son esas personas que en el evento en que él falte, pues tiene esa calidad de beneficiarios, y nótese que diferente a lo que dijeron incluso los testigos y creo que el apoderado de la parte actora al momento de presentar sus alegatos de conclusión, cuando indicó que el señor no tenía conocimiento de los trámites pensionales, es decir que no sabía que podía incluir a su esposa, pues lo cierto es que aquí se determinó que los beneficiarios de ley, puso a sus dos hijos, pues lo lógico es que entendiendo que al faltar él, situación que no le generó ninguna erogación económica directa sino que sería la herencia o la sustitución que él hiciera de ese beneficio pensional, pues lógicamente iba a ser a las personas que además de depender económicamente de él, tuvieran esa calidad de beneficiarios, entre otras cosas por tener ese afecto tan importante como lo tenía con la señora Martha, luego no podemos confundir la situación de incluir en un trámite en vida a un afiliado a no incluirlo al momento precisamente en que se determina cuáles son los beneficiarios, creo que esta es una de las circunstancias que más nos da a entender directamente del querer del entonces afiliado cuando iba adquirir su estatus de pensionado, que no contaba con una pareja o una persona que tuviera esa calidad de beneficiario, así fuera de la calidad de compañero permanente o esposa que pudiese sustituir ese beneficio, sumado a ello y en lo que tiene que ver con declarar no probadas las excepciones, especialmente me refiero, si en gracia de discusión estuviera a la sala laboral del TSB confirmar la posición de la señora juez de encontrar probada la condición de beneficiaria de la demandante, considero que si se deben declarar probadas las excepciones de buena fe, y de falta de competencia para reconocer la pensión de la demandante, propuestas por mi representada, ya que pues claramente, quien provocó esta controversia no fue PORTECCIÓN S.A. sino la señora PATRICIA PIÑEROS SCHUSTER, quien indicó ser la compañera permanente del pensionado y tan es así que al momento de negársele ese derecho a la misma, pues se indicó que esta apoderada tenía conocimiento que podía existir otra persona con igual derecho al que reclamaba la misma, luego al no existir una sentencia en firme, pues mi representada no tenía la competencia para hacer el reconocimiento de ese derecho cuando existía controversia entre dos personas, tan es así, que una vez se enteró de la demanda la señora Martha Aguilar, hoy demandante en este proceso, pues se opone a las pretensiones de la demanda de la señora Martha Piñeros, luego no se trata de una negligencia de mi representada, ni quien crea el conflicto sino que se trata de una circunstancia ajena y pienso yo que la mala fe debe presumirse y no se hubiera declarado probado porque estaba demostrado lo contrario, luego considero que por lo menos esas dos excepciones si deberían declararse probadas y no debía ser condenada en costas mi representada, insisto porque no fue la entidad que creó el litigio y verificamos, quiero referirme inmediatamente a las contestaciones de la demanda, esta apoderada al momento de dar contestación a la demanda presentada por la señora Martha Aguilar no presentó oposición a las pretensiones, indicó que no se allanaba ni se oponía y que se atenía a lo que resultara probado, luego considero que no debería haber lugar a esa condena en costas, por supuesto en el evento en que si se llegara a declarar o confirmar la procedencia del derecho pensional no hay oposición en una indexación de las mesadas pensionales pero si a que no se declaren probadas las excepciones, ni a la condena en costas, su señoría creo que en este sentido, pues ya abarque todos los puntos de inconformidad y dejo sustentado mi recurso de apelación”.

S.A. solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. El apoderado de la tercera *ad excludendum* solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia, pues se acreditó la condición de beneficiaria de Martha Aguilar.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si la tercera *ad excludendum* MARTHA AGUILAR GONZALEZ acreditó la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que HUMBERTO JOSE MORA GUERRERO falleció el día 22 de marzo de 2017 (fl. 55); **ii)** que mediante comunicación del 6 de junio de 2014, la AFP PROTECCIÓN reconoció al causante una pensión de vejez en cuantía de \$1.553.028 (fls. 56 a 60); **iii)** que mediante comunicación del 27 de julio de 2017, PROTECCIÓN manifestó que deja en suspenso el reconocimiento de la prestación hasta que la justicia resuelva el conflicto existente entre beneficiarios (fl. 66).

- De la Pensión de Sobrevivientes

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, es pertinente señalar que ha sido posición pacífica y reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicar

que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento de la muerte del causante, tal y como lo ha señalado en las sentencias Rad. 33.210 del 17 de octubre de 2008, Rad. 37.387 del 3 de febrero de 2010, SL19113 de 2017, SL496 de 2018, SL2214 de 2018, SL308 de 2019, SL3526 de 2019, entre otras.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el causante falleció el 29 de julio de 2016, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso.

Sobre éste último aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene establecido que si bien la finalidad de la pensión de sobrevivientes, es que tal prestación se otorgue a quien demuestra la convivencia efectiva con el pensionado o afiliado, entendida como la existencia de ayuda mutua, estabilidad emocional y económica en el desarrollo de la relación de pareja hasta el momento del deceso de alguno de sus integrantes, lo cierto es que este hecho debe ser analizado de acuerdo al caso concreto porque pueden ocurrir situaciones en las que la convivencia se vea afectada por una interrupción que no lleve implícita la pérdida del derecho por encontrar justificación en condiciones de salud, trabajo u otros circunstancias. (Sentencia de radicado 33912 del 8 de octubre de 2008, SL 2682-2019, SL 3813-2020 y SL 4809-2021).

Bajo las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la decisión de

primera instancia que definió la existencia del derecho reclamado en favor de MARTHA AGUILAR GONZALEZ.

Para llegar a la anterior conclusión, resulta particularmente relevante el dicho de los testigos JUAN SEBASTIAN MORA AGUILAR (Cd. 1, audio 2, hora 01:13:57), hijo del causante y MARTHA AGUILAR GONZALEZ; MARIANITA MORA DE HERNANDEZ (Cd. 1, audio 2, hora 01:46:58), hermana del causante y MARIA CLEMENCIA AGUILAR GONZALEZ (Cd. 1, audio 2, hora 02:14:37), hermana de MARTHA AGUILAR GONZALEZ, quienes fueron claros coincidentes y espontáneos al señalar que la pareja conformada por MARTHA AGUILAR GONZALEZ y el causante, iniciaron a convivir aproximadamente hace 30 años, que durante el tiempo de convivencia el causante vivió en ciudades como Cali, Túquerres y Pasto por razones de trabajo y MARTHA AGUILAR GONZALEZ, por su profesión de auxiliar de vuelo también viajaba constantemente, por lo que debían separarse por algunos periodos, que pese a dicha situación siempre estuvieron unidos como pareja y familia, y se brindaban acompañamiento y ayuda mutua. Señalaron que la pareja tuvo dos hijos y que aproximadamente en el año 2012, cuando HUMBERTO JOSE MORA ya tenía su pensión, se fue a vivir a Fusagasugá donde vivían los padres de su compañera permanente, pues en familia acordaron que él podría desplazarse a dicha ciudad para cuidar de su suegra, quien se encontraba en un delicado estado de salud. Agregaron que el causante viajaba los fines de semana aproximadamente cada 15 días a su casa para reunirse con su compañera e hijos o su familia viajaba a Fusa para compartir tiempo juntos, que pese a que el causante estuvo sus últimos años en Fusa, la pareja nunca se separó, ni dejó de tratarse como tal, que continuaron siendo amorosos y compartiendo lecho cuando estaban juntos, y que nunca dejaron de ser pareja. Refirieron que la razón por la cual el causante residía en Fusagasugá, era porque su compañera padecía de Artritis degenerativa y se encontraba en silla de ruedas por lo

que se le dificultaban los desplazamiento y además su tratamiento médico era en Bogotá, que aun cuando se pagaba una enfermera para que cuidara de la suegra del causante, se requería de alguien que pudiera acompañar a la suegra a las citas médicas, y estar pendiente de lo que se necesitara.

También señalaron que el causante no padecía ninguna enfermedad grave, que solo tenía un problema de rodilla y el clima de Fusagasugá era más favorable para él por esa razón, que el causante enfermó de manera repentina y sus hermanos viajaron para conocer su estado pero falleció al poco tiempo en dicha ciudad, que su compañera no pudo viajar en el momento que tuvo noticia del delicado estado de salud de JOSE HUMBERTO, porque para ella era complejo el desplazamiento o viajes porque se encuentra en silla de ruedas.

Para la Sala, el dicho de los testigos referidos resulta particularmente relevante e importante, en cuanto su conocimiento deviene de una percepción directa de lo narrado, además fueron coincidentes y espontáneos en sus declaraciones, lo que resulta suficiente para otorgarles credibilidad. Si bien la apoderada de la AFP demandada, señala que no puede otorgarse total credibilidad al dicho del hijo del causante y MARTHA AGUILAR GONZALEZ, porque estima, que puede estar parcializado para beneficiar a su madre, lo cierto es que en criterio de esta Sala, sus manifestaciones resultan relevantes y revisten especial importancia al ser parte del núcleo familiar del causante, pues tiene una percepción directa de lo narrado por la cercanía y conocimiento de primera mano de lo que ocurría en el hogar de JOSE HUMBERTO MORA, más aun cuando resultan coincidentes con las demás declaraciones escuchadas y las demás pruebas aportadas al proceso, por ello, resulta procedente dar credibilidad a sus afirmaciones.

Como pruebas documentales obran dentro del expediente, copia del registro civil de nacimiento de JUAN SEBASTIAN MORA AGUILAR, quien nació el 31 de julio de 1989 (fl. 8, cuaderno 2) y de JOSE HUMBERTO MORA AGUILAR, quien nació el 8 de agosto de 1995 (fl. 9, cuaderno 2), ambos hijos del causante y MARTHA AGUILAR GONZALEZ; también se aportó certificación de gastos funerarios del causante, donde consta que éstos fueron cubiertos por Amparo Total Exequias Ltda., por el plan exequial al cual se encuentra afiliada MARTHA AGUILAR GONZALEZ (fl. 16).

De las pruebas anteriormente referidas, concluye la Sala que la tercera *ad excludendum* MARTHA AGUILAR GONZALEZ, tiene la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que reclama, en calidad de compañera permanente supérstite del causante HUMBERTO JOSE MORA GUERRERO, pues al realizar una valoración probatoria conjunta es posible establecer que la pareja convivía por lo menos, desde hace 30 años, y que pese a que durante los últimos 5 años de vida del causante, éste vivió en la ciudad de Fusagasugá, tal situación obedecía a las circunstancias familiares que atravesaban y no a una decisión de la pareja de estar separados o finalizar su relación. También se acreditó que el causante viajaba con cierta frecuencia a Bogotá, donde se quedaba con su familia y en ocasiones la demandante MARTHA AGUILAR GONZALEZ viajaba a Fusagasugá para compartir tiempo con sus padres y su compañero.

A juicio de la Sala, la situación que plantea el caso bajo estudio, resulta consonante con el criterio definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual, el requisito de convivencia que exige la norma para el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, no cesa por la ausencia física de uno de los compañeros, cuando dicha situación se sustenta en condiciones de salud de uno de los compañeros, trabajo, imprevistos u otros, como ocurre en el presente asunto,

donde se demostró que la pareja conformada por el causante y la tercera *ad excludendum*, mantuvo un lugar de residencia distinto por razones familiares que les impidieron estar juntos, pero continuaron siendo pareja, brindándose apoyo, ayuda mutua y auxilio durante todo el tiempo. (Sentencia de radicado 33912 del 8 de octubre de 2008, SL 2682-2019, SL 3813-2020 y SL 4809-2021).

Ahora bien, frente a los argumentos planteados en el recurso, referidos a que no resulta lógico que la razón por la cual el causante se hubiera desplazado a la ciudad de Fusagasugá, fuera la de cuidar de su suegra, porque ésta tenía una enfermera para su cuidado y además su compañera MARTHA AGUILAR GONZALEZ, igual presentaba un estado de salud delicado y sería más indicado que él cuidara de su esposa, lo cierto es que a juicio de la Sala, independientemente de todos los interrogantes que pudieran plantearse sobre el particular, las pruebas del expediente resultan suficientes para establecer que pese a que la pareja vivía en lugares diferentes, su condición de compañeros no cesó, pues el causante visitaba a su familia aproximadamente cada quince días los fines de semana o su compañera viajaba para estar con sus padres y esposo, y además siempre mantuvieron el apoyo y ayuda mutua como verdaderos compañeros, lo que permite concluir que MARTHA AGUILAR GONZALEZ, en efecto formaba parte del núcleo familiar estable del pensionado.

Finalmente, sobre el argumento referido a la absolución de la condena en costas impuesta a la AFP, estima la Sala que en los términos del artículo 365 del CGP es procedente dicha condena, pues si bien la entidad manifiesta que no se opuso a la pretensión de reconocimiento de la pensión, lo cierto es que dentro de las razones de defensa de la entidad se expuso de manera clara que la prestación se había negado a la señora MARTHA AGUILAR GONZALEZ, por no haber encontrado probado el requisito de la

convivencia, hecho que acredita que fue vencida en los argumentos de defensa planteados (fl. 93 vto.).

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

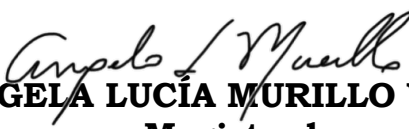
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(Ausente por incapacidad médica)



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

Radicado N° 21 2020 00230 01

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCIÓN, COLFONDOS, PORVENIR y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 29 de octubre de 2021, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ORLANDO ALBERTO GNECCO RODRIGUEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 17 de octubre de 1962, que prestó servicios a la Secretaría de Gobierno de Bogotá entre el 13 de diciembre de 1989 y el 31 de marzo de 1992 y durante dicho tiempo efectuó aportes a la Caja de Previsión de Bogotá; que el 1° de junio de 1998, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN; que el 30 de junio de 1999, se trasladó a la AFP COLFONDOS; que el 16 de enero de 2000 se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCION y finalmente, el 30 de junio de 2000 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar a dicho régimen; que el 4 de febrero de 2020, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, no procedencia del pago en costas, saneamiento de la nulidad alegada, cobro de lo no debido, ausencia

de causa, inexistencia de la obligación, buena fe (Pdf. 10, fls. 3 a 40).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y la afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión por administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción e innominada o genérica (Pdf. 9).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación del demandante a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso falta de competencia, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido, ausencia o causa inexistente de la obligación y buena fe. (Pdf 8).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad del demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones buena fe, innominada o genérica, compensación y pago (Pdf. 7).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 29 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor ORLANDO ALBERTO GNECCO RODRÍGUEZ al régimen de ahorro individual el 1° de junio de 1998, con fecha de efectividad a partir del 2 de junio del mismo año, por intermedio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, declarar válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante, aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor ORLANDO ALBERTO GNECCO RODRÍGUEZ. Para ello se concede el término de un mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que hubieren

*descontado de los aportes realizados por el señor ORLANDO ALBERTO GNECCO RODRÍGUEZ por motivo gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de gastos de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades. **CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas conforme a lo motivado. **SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA** a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Líquidense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES, PORVENIR Y COLFONDOS. **SÉPTIMO: CONSÚLTESE** esta decisión con el superior, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia de manera parcial y sólo en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley, y que dichos valores están considerados como una contraprestación de la buena gestión y

correcta administración de los recursos de un afiliado, y por ello no pueden incluirse dentro de los efectos y valores a regresar como consecuencia de la ineficacia declarada.

La apoderada de la demandada **COLFONDOS** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley, y que los valores que se encontraban en la cuenta del actor fueron trasladados en su momento a la AFP PORVENIR, junto con los rendimientos generados, que en últimas corresponden a la labor de administración que realizó la entidad y por ello no es procedente devolverlos.

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación y pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que para el momento que se efectuó el traslado de régimen del actor, no existía obligación legal relacionada con la documentación de la información que se brindaba al afiliado, o que ésta debiera tener o cumplir unas condiciones específicas, pues para dicho momento la única exigencia era la suscripción del formulario de afiliación. Señala, que en el caso bajo estudio, no se acreditó la existencia de lesión o perjuicio alguno al demandante lo que torna improcedente la declaratoria de ineficacia del traslado. Agrega, que en caso de confirmarse la decisión, se revoque en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración, pues estos descuentos se encuentran debidamente autorizados por la ley y corresponde a la labor de administración que realiza la entidad y que se refleja en los rendimientos obtenidos en la cuenta de ahorro individual.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que

el traslado del actor obedeció a una decisión libre y voluntaria, pues no se acreditó dentro del expediente la existencia de vicio en el consentimiento alguno, que además la decisión de permanecer en el RAIS fue voluntaria y contaba con los elementos de juicio necesarios para establecer las implicaciones de su permanencia en el RAIS y por ello no resulta procedente declarar la ineficacia.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso. El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso. El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos; y en dado caso

establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 17 de octubre de 1962 (fl. 18, Pdf. 1); **ii)** que prestó servicios a la Secretaría de Gobierno de Bogotá entre el 13 de diciembre de 1989 y el 31 de marzo de 1992, tiempo durante el cual efectuó aportes a la Caja de Previsión de Bogotá (Pdf. 28, 7 a 10); **iii)** que el 1° de junio de 1998, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN (Pdf 8, fl. 75); **iv)** que el 30 de JUNIO de 1999, se trasladó a la AFP COLFONDOS (Pdf 8, fl. 75); **v)** que el 16 de enero de 2000, se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN (Pdf. 8, fl. 75); **vi)** que el 30 de junio de, se trasladó a la AFP PORVENIR (Pdf. 8, fl. 75); **vii)** que el 4 de febrero de 2020, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (Pdf. 1, fl. 20).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>

<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que

el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la

ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor ORLANDO ALBERTO GNECCO RODRÍGUEZ se trasladó a la AFP PROTECCIÓN el 1° de junio de 1998, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a la Caja de Previsión de Bogotá.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (audio 2, min. 16:02), pues al efecto solo manifestó que a su lugar de trabajo acudió un asesor de PROTECCIÓN, quien le dijo que el ISS se iba acabar y que los fondos privados ofrecían mayores beneficios, que podía pensionarse a menor edad y con una mesada más alta. Señaló que en general no se le dio información detallada sobre las implicaciones de la decisión que estaba tomando.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre

los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Sobre este último aspecto es pertinente precisar que si bien el demandante con anterioridad al traslado realizó aportes a la CAJA DE PREVISION DEL DISTRITO, como administradora del Régimen de Prima Media, lo cierto es que dicha entidad fue liquidada mediante Decreto 370 de 2002 y por ello en aplicación de lo previsto en el artículo 34 del Decreto 692 de 1994 y el artículo 5° del Decreto 803 de 1994, para regresar al RPM en virtud de los efectos de la ineficacia declarada, correspondería a COLPENSIONES asumir la afiliación del actor, quien inicialmente seleccionó tal régimen mediante la afiliación realizada a través de la Caja de Previsión del Distrito hoy liquidada.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así se dispuso en la sentencia de primera instancia se confirmará en lo pertinente tal decisión.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados. Como así lo dispuso la sentencia apelada se confirmará en lo pertinente.

De otra parte, con el propósito de garantizar la sostenibilidad financiera del RPM, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada
(En licencia por incapacidad médica)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ORLANDO ALBERTO GNECCO RODRIGUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 021 2020 00230 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada