



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral **1100131050 02 2019 00456 01**

Demandante: **LUZ CLEMENCIA MEJÍA MUÑOZ**

Demandados: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A., al abogado NICOLÁS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificado con cédula de ciudadanía 1.018.469.231 y T.P. 365.094 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder a él conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 26 de julio de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora LUZ CELEMENCIA MEJÍA MUÑOZ promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad de la afiliación realizada ante PORVENIR S.A., situación que conlleva a su regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

Por consiguiente, se le condene a PORVENIR S.A. devolver con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Que con ocasión de lo anterior, que para todos los efectos pensionales continúa afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que se condene a lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*, así como costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus súplicas, refirió que nació el 9 de agosto de 1965, afiliándose al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 16 de enero de 1987, donde realizó cotizaciones hasta el mes de noviembre de 2000.

Que para el año 2000 se encontraba laborando al servicio de la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, cuando para el mes de noviembre de esa anualidad PORVENIR S.A. le ofreció trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de sus dependencias, pero sin la debida asesoría o explicación sobre el cambio de régimen pensional.

Que no se le asesoró sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, las consecuencias del traslado, qué modalidad iría a recibir en el régimen privado, no se le realizó una comparación entre ambos regímenes pensionales, rendimientos financieros, lo atinente al bono pensional, entre otros factores desinformativos que advierten una indebida asesoría de PORVENIR S.A. al momento del traslado de régimen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a la declaratoria de nulidad de la afiliación de la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., por cuanto dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese hecho incurrir en error ante una falta de información por parte de la AFP, o que esté en presencia de algún vicio del consentimiento.

Asimismo, dentro de las solicitudes no se evidencia nota de protesto que permita inferir con probabilidad de certeza que existió una inconformidad por parte de la demandante; por el contrario, lo que advierten las documentales es que se encuentran ajustadas a derecho, y que la afiliación se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, sin dejarse observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Propuso las excepciones 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, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público, e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. refirió que al momento del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad le brindó una información suficiente para generarle una decisión libre y voluntaria a fin de elegir el régimen y la administradora que mejor se ajustara a sus intereses, explicando las características, ventajas y desventajas del régimen privado, en comparación con las condiciones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin mediar actuar deshonesto, omisivo o doloso.

Que como fondo cumplió con el deber de información, según los mandatos legales vigentes para la época, bajo la estricta vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, al igual que, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

lo que la demandante podía validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada y demás aspectos que considerara necesarios.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 26 de julio de 2022, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que la señora LUZ CLEMENCIA MEJIA MUÑOZ C.C. 51.825.517 a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, el día 9 de octubre de 2000, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante la señora LUZ CLEMENCIA MEJIA MUÑOZ, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 16 DE ENERO DE 1987, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada PORVENIR S.A, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTENSE con el Superior."

Para arribar a dicha conclusión, indicó la *a-quo* que, el literal h) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los artículos 271 y 272 de la misma obra, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

797 de 2003, el artículo 3º de la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 y en general las normas laborales, han evolucionado frente al deber de información que les asiste a las administradoras de pensiones en sus diferentes etapas.

A su vez, expuso que la jurisprudencia emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha expuesto que ese deber no se cumple únicamente con la suscripción del formulario de afiliación, sino que además impone la carga de la prueba en cabeza del fondo de pensiones, quien debe demostrar que suministró la debida información al futuro afiliado informando de sus ventajas, desventajas y las incidencias pensionales que le puede traer el traslado de régimen, precisando que el formulario acredita un consentimiento libre de vicios pero no informado, lo que posibilita la declaratoria de la ineeficacia de la afiliación cuando no se prueba el cumplimiento del deber de información, lo que en el *sub-examine* no se acreditó con las pruebas recaudadas. De la misma forma estimó que la administradora pública no sufre ningún detrimiento en tanto recibe los aportes, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, por lo que procede la devolución de tales conceptos, motivos todos que conllevan a declarar la ineeficacia del traslado deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que si bien es cierto existe una línea jurisprudencial emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre actos de traslado en lo que respecta al deber de información, ese Órgano también ha manifestado que esa línea debe aplicarse de manera diferenciada bajo unos supuestos fácticos de los que se exigen a similitud, aspecto último que no sucedió dentro del presente asunto como quiera que la demandante se afilió de manera válida, libre y espontánea al Régimen de Ahorro Individual son Solidaridad, y con sustento de las cargas impuestas a los fondos para el año 2000, época de su afiliación, de ahí que las condenas impuestas por la falladora de instancia desconozcan el principio de retroactividad y seguridad jurídica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que no existen acciones tanto de hecho como de derecho que impliquen la ineficacia de la demandante en la medida que su decisión se tomó de manera libre y voluntaria sin ningún tipo de apremio, ello por cuanto sí recibió información clara sobre el régimen privado, aunado a que suscribió un formulario en los términos de ley y manifestó dicha suscripción libre y si presiones, sin presentar ningún tipo de reproche durante más de 19 años.

En lo que respecta a los rendimientos, expuso que no es coherente declarar la ineficacia del traslado en varios sentidos, toda vez que la consecuencia jurídica de la ineficacia precisamente es declarar que el negocio jurídico nunca se celebró, luego entonces la gestión de los frutos tampoco habrían de generarse, ya que estos rubros son sumas que pondrían a la demandante en una condición mejor a la que tendría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, configurándose así una contravención al artículo 897 del Código de Comercio y por consiguiente un detimento sin justa causa.

Que en caso de que se mantenga la declaratoria de ineficacia que da lugar a la aplicación de restituciones mutuas, debe tenerse en cuenta que COLPENSIONES actúa como un agente oficioso involuntario en los términos de los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, porque precisamente creyendo en administrar su propia efectividad, en este caso el manejo los aportes del afiliado demandante, se terminan entregando unos rendimientos superiores a los que hubiesen sido gestionados por el encargado, de allí que la agencia oficiosa deba dar reembolso a una utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduce en que solamente debería estar obligada de entregar a COLPENSIONES, aquellos rendimientos únicamente administrados por esa entidad.

Refirió que en lo que concierne a los gastos de administración, son sumas que tienen una destinación específica por ley, la cual se cumplió durante la permanencia de la aquí demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad pues fueron debidamente invertidas, por lo que son sumas que en la actualidad no se encuentran en su poder.

Frente a las sumas provisionales, se arguyó que son conceptos que tampoco están en su poder como quiera que fueron entregados a las aseguradoras contratadas para cubrir a la demandante incluso en la actualidad y durante



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

toda su permanencia para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por lo que resultaría materialmente imposible su devolución por encontrarse en poder de terceros. En últimas, refirió que debe desestimarse la condena en costas y agencias en derecho.

COLPENSIONES por su parte refirió en su apelación que la doctrinada emanada por la Corte Suprema de Justicia no debe ser aplicada al asunto de marras, en tanto el órgano de cierre hace referencia del buen consejo o requisito que se impone a los fondos de realizar para efectos de determinar cuál sería el régimen que más le convendría a la parte demandante, por ello al imponerse la doble asesoría con tiempo posterior al traslado de la demandante no habría lugar a la declaratoria de ineeficacia.

Que también debe establecerse los antecedentes de la persona para efectos de determinar cuál sería el mejor escenario para percibir la mesada pensional, por lo que en el especialísimo caso de la demandante para el año 2000 tenía más de 35 años de edad, de lo que se presentaría un supuesto económico con más de 19 años cuando se interpuso la demanda, presentándose así la circunstancia de que no se podría verificar si en términos generales el Régimen de Prima Media con Prestación Definida resultaría más benéfico para la señora LUZ CLEMENCIA MEJÍA MUÑOZ.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineeficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineeficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineeficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de"*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 9 de octubre de 2000 a través de PORVENIR S.A. (Fl. 42 - PDF 01 y Fl. 86 – PDF 11 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), efectiva a partir del 1º de diciembre de esa misma anualidad como se aprecia de la captura de pantalla del certificado SIAFP (Fl. 31 – PDF 11



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “*Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado*”.

Por otra parte, la actora en la declaración que rindió, señaló que al momento de su afiliación trabajaba al servicio de la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, fecha para la cual llegaron unos asesores de PORVENIR S.A. y de manera grupal, más exactamente en un grupo de aproximadamente 50 personas, de manera genérica se les indicó que el ISS se extinguiría, sumado al hecho que sostuvo que dichos asesores en ningún momento expusieron aspectos propios del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; circunstancia por la cual, la Sala puede colegir que no se advierte confesión alguna de la demandante sobre el pleno suministro de una debida información, luego al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado según lo ha adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, luce evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual, por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta “*la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra*



Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	<p>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993</p> <p>Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</p> <p>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</p>	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
Deber de información, asesoría y buen consejo	<p>Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009</p> <p>Decreto 2241 de 2010</p>	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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	<p>Ley 1748 de 2014</p> <p>Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015</p> <p>Circular Externa No. 016 de 2016</p>	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2000, una *"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"*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineeficacia del traslado, dado que PORVENIR S.A. no probó el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto objeto de inconformidad de las demandadas SKANDIA y PORVENIR en su disenso, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado."

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por parte de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020)."

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora."

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse.
Así las cosas, la sentencia será confirmada.

Por último, en lo que respecta al reproche de PORVENIR S.A. frente a la condena de costas y agencias en derecho, claro es el artículo 365 de C.G.P. en su imposición al resultar vencida en juicio, por lo que no hay lugar a la absolución de este aspecto.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:



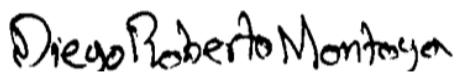
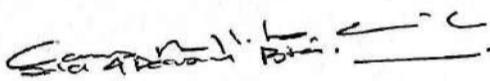
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

 
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral: **1100131050 03 2020 00132 01**

Demandante: **MANUEL ALVARO DIAZ PUENTES**

Demandados: **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 4 de mayo de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MANUEL ALVARO DIAZ PUENTES promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare que cotizó a partir de 1991 al Instituto de Seguros Sociales - ISS hoy COLPENSIONES, como dependiente alcanzando al momento del traslado de régimen pensional 97.29 semanas; igualmente, se declare que no se le informó de la pérdida del régimen de transición como consecuencia del cambio de régimen pensional, que le sería descontado un rubro por concepto de administración ni cuál sería el capital requerido para pensionarse en ese Fondo privado. A su vez,



se declare inválido el formulario de afiliación, pues la firma no corresponde a la suya.

Como consecuencia de tales declaraciones, se ordene el traslado de régimen pensional y se inste a las demandadas para que realicen los trámites pertinentes ante ASOFONDOS para registrar el traslado.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que cotizó como trabajador dependiente al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones desde agosto de 1991 a través del Instituto de Seguros Sociales por medio del empleador FLOTA MAGDALENA S.A., en donde alcanzó un total de 97.29 semanas.

Expuso que se encuentra cotizando a la administradora de pensiones PROTECCIÓN S.A. desde el año 2000, no obstante, la firma que reposa en el formulario de afiliación no corresponde a la suya, y solo advirtió del traslado de régimen hasta que le enviaron extractos de ese fondo, acotando que nunca fue su deseo trasladarse de régimen pensional. Adicionalmente, alude que las demandadas no informaron que con dicho traslado estaría renunciando a las prerrogativas del régimen de transición del cual es beneficiario, menos se le informó que le sería descontado durante su permanencia en el fondo una cuota por concepto de administración, ni se le informó el capital que requería para obtener la pensión de vejez.

Relató que el 29 y el 30 de marzo de 2019 se solicitó a COLPENSIONES y a PORTECCIÓN S.A. el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, petición que fue despachada de manera negativa, pedimento que reiteró ante PROTECCIÓN S.A. en agosto de 2019, la cual también fue denegada (Archivo 001).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas pretensiones presentadas en su contra, argumentando que ha actuado siempre conforme a derecho, siendo la voluntad del demandante de afiliarse a esta entidad, libre, voluntaria y exenta de cualquier fuerza o vicio del consentimiento, luego, se está frente a un acto válido, el cual



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consta en el formulario de afiliación que suscribió el actor, por lo que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, la innominada o genérica, 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 y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa (Archivo 005).

Por su parte, COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, además, el actor decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de acuerdo con la información brindada por los asesores del fondo privado demandado; igualmente no obran pruebas que permitan dar cuenta de la existencia de algún vicio en el consentimiento al momento de su traslado de régimen, alegándose así un error de derecho, el cual no vicia el consentimiento y por tanto la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es válida.

Propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la Seguridad Social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (Archivo 007).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 4 de mayo de 2022, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del Demandante MANUEL ALVARO DIAZ PUENTES del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S. A., realizado el 21 de marzo de 2001, para entender vinculado al demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

"SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias si llegó realizar alguna, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, sin descuento alguno conforme la parte motiva de esta providencia.

"TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a que acepte y reciba el traslado de los dineros provenientes de PROTECCIÓN S.A., para que proceda a activar la afiliación del demandante como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado.

"CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción denominada principio de sostenibilidad financiera propuesta por la demandada COLPENSIONES y la de prescripción propuesta por ambas demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

Para arribar a dicha conclusión, adujo el *a-quo* que, si bien el escrito de demanda no era un modelo a seguir, lo cierto era, que el extremo pasivo y ese operador judicial en su labor interpretativa, entendieron que la intención del actor era solicitar la ineficacia del traslado de régimen. Seguidamente, recordó que el órgano de cierre de esta especialidad ha dicho que el presente asunto se aborda desde el régimen de las ineficacias y no de las nulidades, conforme a lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Más adelante expuso, que el actor no era beneficiario del régimen de transición y además indicó que la ineficacia del traslado se da como consecuencia a la falta del deber de información de los fondos, los cuales deben indicar al potencial afiliado las características de los regímenes pensionales. De otro lado, señaló que el demandante en su declaración no confesó que se le haya brindo información suficiente, clara, oportuna objetiva y transparente sobre las características de los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

regímenes pensionales, carga que estaba en cabeza de la demandada PROTECCIÓN S.A. para la época del traslado, lo cual no se acredita con el formulario de afiliación.

En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado, ordenando al fondo privado trasladar todas las cotizaciones voluntarias y obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, sin descuentos por gastos de administración o sumas adicionales de la aseguradora a COLPENSIONES, la que además debe tener como afiliado al actor, por último, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES la apeló, solicitando se revoque la condena en costas impuesta por el juez de instancia, por cuanto no aceptó al demandado en el año 2020, calenda en la que inició los trámites de regreso al de regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por cuanto se encontraba inmerso en una prohibición legal, tal como establece el artículo 2º de la Ley 797 de 2003; además en el presente asunto se evidencia negligencia no solo por parte del fondo privado de pensiones, sino del demandante respecto a la falta de asesoría, en esa medida al estar demostrado que actuó de buena fe, solicita se le absuelva del pago de costas en primera y segunda instancia. Igualmente, alude que se deben reintegrar a esa administradora todos los emolumentos ordenados en el numeral segundo de la sentencia de primer grado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineeficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineeficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen"*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó el actor el 21 de marzo de 2001, con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PROTECCIÓN S.A. (Fl. 32 archivo 005), efectiva a partir del 1º de mayo de esa misma anualidad, como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 33 a 34 - archivo 005), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, el promotor del litigio en el interrogatorio de parte que rindió, señaló que, en el año 2001 durante convocatoria de empleo, el asesor del fondo privado le manifestó que para el ingreso era más oportuno afiliarse a PROTECCIÓN S.A. que a COLPENSIONES, sin que le brindaran más información.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de	Contenido mínimo y alcance del deber de información
-------------------	---	---



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2001, una *"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"*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado."

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es clara para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineffectuado, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020)."

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia.
SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 4 de mayo de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

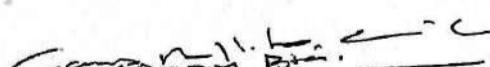
Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

 
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral: **1100131050 03 2020 00455 01**
Demandante: **MILDRED HELENA VENEGAS CONCHA**
Demandados: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a JAIME ANDRÉS ZULUAGA CASTAÑO, identificado con cédula de ciudadanía 1.053.806.084 y T.P. 287279 del C.S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

Igualmente, se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a PAULA HUERTAS BORDA, identificada con cédula de ciudadanía 1.020.833.703 y T.P. 369.744 del C.S. de la Judicatura, según el poder a ella conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 6 de julio de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MILDRED HELENA VENEGAS CONCHA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 5 de mayo de 1995, así como el traslado horizontal que efectuó a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., el 8 de mayo de 2001, e igualmente se declare que está en libertad de afiliarse de nuevo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada, asimismo, se condene a PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A., a liberarla de sus bases de datos y a devolver a COLPENSIONES todas las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 29 de septiembre de 1959, que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, realizando cotizaciones por intermedio de diferentes empleadores a partir del 13 de febrero de 1978 hasta el 5 de mayo de 1995, calenda en la que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A.; y que posteriormente el 8 de mayo de 2001 se trasladó al fondo de pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., en el cual se encuentra actualmente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Refirió que los asesores de los fondos privados le ofrecieron la posibilidad de pensionarse a temprana edad; asimismo, le indicaron que el Instituto de Seguros Sociales sería liquidado y que sus aportes estarían en riesgo, empero, no le informaron que contaba con un plazo para retornar al régimen de prima media, que podía solicitar la devolución de saldos en caso de no alcanzar el capital necesario para pensionarse, tampoco se le realizó una proyección pensional y que los formularios de afiliación a los fondos de pensiones DAVIVIR y HORIZONTE no contenían información suficiente, clara y concisa que le hubiese permitido tomar la mejor decisión respecto a su futuro pensional.

Expuso que su mesada pensional en el régimen de prima media sería superior a la que obtendría en el régimen de ahorro individual y que solicitó su traslado de régimen pensional a COLPENSIONES el 22 de julio de 2020, entidad que despachó de manera negativa su pedimento. (Archivo 001).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la actora se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen lo que consta en los formularios de afiliación a DAVIVIR S.A. y a HORIZONTE S.A. De otro lado, señaló que del escrito de demandada se puede evidenciar la negligencia de la demandante, ya que no realizó consulta alguna sobre su situación pensional, pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa, en esa medida, en el presente caso existe un error de derecho el cual, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no vicia el consentimiento, por ende, la afiliación de la gestora al RAIS resulta ser totalmente válida, además se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineffectiva de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la Seguridad Social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (archivo 003).

A su turno, la accionada PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen de la promotora al fondo HORIZONTE, es válido por cuanto brindó la información pertinente y necesaria, la cual estuvo precedida de una asesoría oportuna, profesional, informada y con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible, siendo improcedente declarar ineficaz la afiliación a ese fondo.

Formuló como excepciones 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. (Archivo 004).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas pretensiones presentadas en su contra, arguyendo que, se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo cual consta en el formulario de afiliación que suscribió el actor, acto que se realizó de manera libre y espontánea, el cual es un verdadero contrato entre las partes y en virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del Fondo y del afiliado, por lo que las pretensiones de la demanda no llamadas a prosperar.

Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, 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 de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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, la innominada o genérica, traslado de aportes a Porvenir S.A., aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto. (Archivo 005).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de julio de 2022, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la Demandante MILDRED HELENA VENEGAS CONCHA del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado para ese entonces, por DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., realizado el 5 de mayo de 1995, así como los traslados horizontales que se realizaron con posterioridad a HORIZONTE, y de HORIZONTE a PORVENIR S.A., para entender vinculada a la demandante en forma válida al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias si llegó a realizar alguna, con todos los rendimientos financieros sin descuento alguno y de ninguna naturaleza, conforme se explicó en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros provenientes de PORVENIR S.A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la historia laboral en semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción propuestas por COLPENSIONES que denominó inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, adicionalmente declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por todas las demandadas, conforme la parte considerativa.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las todas las demandadas (...).

Para arribar a dicha conclusión, adujo el *a quo* que si bien la activa en el escrito de demanda efectúa una mixtura en tanto solicita la ineficacia y/o nulidad del traslado, lo cierto era, que en esta clase de procesos se determina es la ineficacia del traslado de régimen pensional. Seguidamente, recordó que el órgano de cierre de esta especialidad ha dicho que el presente asunto se aborda desde el régimen de las ineficacias y no de las nulidades, conforme lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Más adelante expuso, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la actora no contaba con 35 años de edad, de la misma forma; señaló que en el plenario obra certificación expedida por COLPENSIONES en la que se indica que la actora estuvo afiliada esa administradora y se encuentra trasladada de régimen, a su vez yace el formulario de afiliación al fondo de pensiones DAVIVIR el 5 de mayo de 1995, el que se indica que se trata de una afiliación inicial, lo cierto es, que la realidad es que es un traslado de régimen.

Seguidamente, adujo que la ineeficacia del traslado se da como consecuencia a la falta del deber de información de los fondos, los cuales deben indicar al potencial afiliado las características de los regímenes pensionales. De otro lado, señaló que el demandante en su declaración no confesó que se le haya brindo información suficiente, clara, oportuna objetiva comparada y transparente sobre las características de los regímenes pensionales, carga que estaba en cabeza de la demandada DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. y de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. para la época del traslado, lo cual no se prueba con el formulario de afiliación, pues a lo sumo acredita un consentimiento, pero no informado, ni se convalida con los traslados horizontales en ese mismo régimen pensional.

En consecuencia, declaró la ineeficacia del traslado, ordenando al fondo privado PORVENIR S.A. a trasladar todas cotizaciones voluntarias y obligatorias, bonos pensionales, rendimientos, sin descuentos por gastos de administración o sumas adicionales de la aseguradora a COLPENSIONES, la que además debe tener como afiliado a la actora, por último, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, señalando que de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 no le era posible oponerse a la voluntad de la demandante de afiliarse a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; por ende, la decisión de declarar la ineeficacia y ordenar la devolución de los aportes sin realizar ningún descuento, supone una decisión contraria a la ley, pues ha actuado de buena fe; además la gestora



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

suscribió el formulario de afiliación en el año 2001 solicitando la vinculación a esa administradora.

Adicionalmente, indicó que según concepto de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA del 12 de julio de 2017, la obligatoriedad de las AFP de brindar información y custodia de información a los afiliados al momento de la vinculación, solo surgió con el Decreto 2055 de 2010, la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, de modo que para 2010 la actora ya llevaba más de 10 años de afiliada a ese fondo, sin que existieran normas que regularan tal aspecto, por lo que considera que cumplió con la obligación que estaba vigente al momento en que se afilió se trasladó a HORIZONTAL, por tanto, no debía de emitirse condenada alguna en su contra.

De otro lado, manifestó su disenso frente a la orden de devolver los aportes que efectuó la demandante sin realizar ningún descuento, decisión que considera desproporcionada, ya que los descuentos que realizó por gastos de administración, se encuentran reglados en el artículo 20 la Ley 100 de 1993, sin que sean capricho de esa encartada, además, la administración de los aportes produjo rendimientos financieros, lo que impone la revocatoria de la sentencia confutada.

Por su parte, la demandada COLPENSIONES en su alzada adujo que en el caso bajo estudio existe una imposibilidad legal contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, a razón de la edad de la demandante y de las semanas que cotizó al RAIS, por ende, no es posible su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, además, según la declaración de la demandante tampoco existió vicio en el consentimiento, ya que decidió con plena conciencia su traslado del régimen en el año 1995 al RAIS, donde permaneció por más de 20 años en dos fondo privados, sin que exista nulidad, por lo que debió presentar la acción rescisoria a más tardar en el año 1999, lo cual no sucedió, ratificando así su voluntad de permanecer en el RAIS, por tanto, no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia, lo que conlleva a revocar la sentencia de instancia.

IV. CONSIDERACIONES:



a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora, previo a avanzar con el estudio del caso, y dado que la demandada COLPENSIONES en su disenso aduce que en el presente asunto no existió vicio en el consentimiento que conlleve a la nulidad del traslado, considera esta Colegiatura pertinente memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ha reiterado entre otras en sentencia SL1859-2022, con Radicación No. 90488 de 16 de mayo de 2022, que *"El examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, según las sentencias CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019; CSJ SL3464-2019 y CSJ SL1465-2021, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas de retornar las situaciones a su estado inicial, conforme lo indica el artículo 1746 del CC, como también se orientó en los fallos CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1421-2019, el primero reiterado en los CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019"*, por lo que el caso de marras será analizado siguiendo el sendero trazado por el Alto Tribunal de cierre de esta jurisdicción.

En esa medida, es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación



introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido"*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineeficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineeficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto"*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineeficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineeficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 5 de mayo de 1995, con DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. (Fl. 52 archivo 005), efectiva a partir del 5 de mayo de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 50 y 125- archivos 005 y 004), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado».

Por otra parte, la promotora en el interrogatorio de parte que rindió señaló que en el año 1995 recibió la visita de un asesor de DAVIVIR, quien le aseveró que el Instituto de Seguros Sociales se liquidaría y que sus aportes estarían en riesgo; que solo le informó sobre las ventajas que obtendría si se afiliaba a ese fondo, indicándole que su mesada pensional sería más alta, que obtendría una pensión anticipada y que en caso de fallecer sería heredada, razón por la cual suscribió el formulario de afiliación de manera voluntaria, misma situación que persistió en su traslado al fondo de pensiones HORIZONTE.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba que advierte una información de parte de PROTECCIÓN S.A. antes DAVIVIR al momento del traslado de la demandante, es evidente según lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1995, una *"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"*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.



Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto sobre el cual PORVENIR S.A. manifiesta su inconformidad, se recuerda que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado."

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineeficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por PORVENIR S.A. en su alzada.

Respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineeficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineeficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción";* luego, no es la acción rescisoria la vía a seguir en casos como el que concita la atención de la Sala, como lo aduce COLPENSIONES en su apelación, de acuerdo a las consideraciones anteriormente expuestas.

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineeficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineeficacia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la jueza de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020)."

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora."

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 6 de julio de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

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.

De la misma forma, deberá proceder la demandada PROTECCIÓN S.A. antes DAVIVIR S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya *Carlo Alberto Cortes Corredor*
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral: **1100131050 07 2020 00367 01**
Demandante: **JHON STIVEN FONSECA RAMIREZ**
Demandados: **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada DIANA MARÍA VARGAS JEREZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.090.449.043 y T.P. 289.559 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder a ella conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN, en contra de la sentencia proferida el 4 de agosto de 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor JHON STIVEN FONSECA RAMIREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que declare la ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en julio de 1994, cuando se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS a la administradora PROTECCIÓN S.A.

Como consecuencia de tal declaración; se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES lo incluya como afiliado, valide en su historia laboral los aportes girados a PROTECCIÓN S.A. y le reconozca la pensión por vejez. Asimismo, se condene a PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que recibió por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, 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 hubieran causado.

Además, se condene a PROTECCIÓN S.A., a que asuma con cargo a su patrimonio los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas acaecidas en el capital destinado a su pensión por vejez, así como los gastos de administración; igualmente, se condene a COLPENSIONES a pagar la pensión de vejez a partir del 14 de julio de 2019, junto con las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre, los incrementos de ley, y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. En subsidio, solicita se ordene la indexación las mesadas pensionales que se lleguen a causar; más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 14 de julio de 1957, y que en julio de 1994 se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual con Solidad, a través de PROTECCIÓN S.A. Sin embargo, dicha afiliación adolece de inconsistencias, dado que no se le entregó copia del formato vinculación al fondo privado, y además no guarda tal documento en sus archivos.



Refirió que el asesor comercial de PROTECCIÓN S.A., en las etapas precontractual y contractual no le brindó información clara, completa y oportuna, acerca de las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, ya que no realizó un estudio de su situación particular, pues omitió entre otros, entregarle el reglamento de funcionamiento del fondo de pensiones.

Además, relató que el 21 de octubre de 2019 radicó derecho de petición ante PROTECCIÓN S.A., el cual respondió el 4 noviembre de la misma calenda, realizando una simulación pensional tomando como salario base \$2.349.262, y determinando como valor de la mesada en el RAIS un salario mínimo mensual legal vigente, en contraposición en el RPMPD, la mesada sería de \$2.004.638, siendo evidente que la segunda es superior, igualmente, expuso que alcanza un total de 1959 semanas cotizadas en pensiones.

De la misma forma, el 26 de agosto de 2020 radicó petición ante COLPENSIONES, solicitando la ineficacia del traslado efectuado a PROTECCIÓN S.A., pedimento que fue denegado por la entidad, misma solicitud que elevó ante PROTECCIÓN S.A., la cual negó la nulidad de la afiliación el 8 de enero de 2020. (Archivo 01).

Designado por reparto el presente asunto al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, por auto de 16 de octubre de 2020, la titular de ese estrado judicial se declaró impedida para conocer el asunto, disponiendo su remisión al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el cual aceptó el impedimento, avocó conocimiento de las presentes diligencias y ordenó compensar el proceso, mediante proveído de 27 de octubre de 2020. Surtido lo anterior, fue admitida la demanda mediante auto de 25 de enero de 2021. (Archivos 03, 04 y 05).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que no obra prueba que permita deducir que el actor fue inducido en error por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; tampoco se evidencia nota de protesta de su parte, por el contrario las documentales que obran el plenario



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que se encuentran ajustadas a derecho, es decir, que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria y sin presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procede el traslado de régimen pensional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES y la innominada o genérica. (Archivo 14).

A su turno, la accionada PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas pretensiones presentadas en su contra, argumentando que, se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo cual consta en el formulario de afiliación que suscribió el actor, acto que se realizó de manera libre y espontánea, el cual es un verdadero contrato entre las partes y en virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del Fondo y del afiliado, por lo que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

Propuso como excepción previa la de falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva, aduciendo que debía integrarse a la litis la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OFICINA DE BONOS PENSIONALES.

Como excepciones de mérito formuló las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, 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 de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, la innominada o genérica. (Archivo 13).

De acuerdo con la contestación que allegó PROTECCIÓN S.A., la cual indicó que el actor cuenta con un bono pensional, mediante auto de 21 de julio de 2021, el Juzgado de primer grado, dispuso, vincular al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES. (Archivo 17).

Acorde con lo anterior, la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que el 15 de julio de 2019, mediante Resolución No. 20131 la Oficina de Bonos Pensionales de ese Ministerio procedió a emitir y redimir, es decir, a pagar el bono pensional del actor, sin que actualidad tenga obligación alguna por atender con relación con este beneficio. No obstante, dijo que, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, y previo a efectuarse el traslado, el actor o en su defecto PROTECCIÓN S.A. deben reintegrar a ese Ministerio los valores reconocidos por concepto de Bono Pensional Tipo “A” debidamente actualizado desde la fecha de pago hasta la fecha en que se haga el respectivo reintegro.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva: la Oficina de Bonos Pensionales del MHCP no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional, reintegro a la Nación por parte de la AFP o del demandante, del valor reconocido por concepto de bono pensional, falta de ejercicio de la facultad de regresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional, prescripción, buena fe y la genérica. (Archivo 20).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 4 de agosto de 2022, resolvió:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el demandante señor JHON STEVEN FONSECA RAMÍREZ con la AFP PROTECCIÓN el 20 de junio de 1994 contenida en el formulario No. 111489.

"SEGUNDO: ORDENAR PROTECCIÓN a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor JHON STEVEN FONSECA RAMÍREZ, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

"TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales del demandante mientras ha estado vinculado a ese fondo privado desde 1994, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

"Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos que se devuelven deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

"CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS en 1979.

"QUINTO: ORDENAR a PROTECCIÓN a devolver a favor del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OFICINA DE BONOS PENSIONALES, los valores pagados por dicho Ministerio a favor del demandante a título de bono pensional, debidamente indexados por parte de PROTECCIÓN.

"SEXTO: SE NIEGAN las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de la pensión de vejez al demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

"OCTAVO: Se declaran no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES y PROTECCIÓN, y probadas las propuestas por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, relacionadas con la devolución del bono pensional tipo que pagó a PROTECCIÓN debidamente indexados.

"OCTAVO: Se condena en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. (...) No hay lugar a imponer costas al Ministerio de Hacienda."

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* memoró que el actor solicita la nulidad o ineficacia del traslado que realizó en julio de 1994 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., ante su omisión al deber de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

información frente al cambio de régimen pensional; deber que deben garantizar las administradoras de fondos de pensiones al momento de efectuar el traslado de los afiliados, según lo ha expuesto el órgano de cierre de esta jurisdicción desde la sentencia de 9 de septiembre de 2008, con Radicado 31989 y 31314, posición que se mantiene en la actualidad.

Igualmente, sostuvo que desde la creación la Ley 100 de 1993 y los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994, ha existido el deber de información en cabeza de las AFP como lo ha enseñado la jurisprudencia, lo que igualmente encuentra sustento en el artículo 1600 del C.C. Seguidamente, adujo que en las sentencias SL-1452 y SL-1688 de 2019 se había aclarado y sintetizado la evolución normativa de dicho deber, el cual se condensa en tres etapas a saber, siendo la primera el deber de información aplicable al caso del gestor toda vez que su traslado del régimen pensional se realizó en 1994, ello en consonancia con lo reglado en el literal b) del artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, al igual que el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993.

Luego, el alcance de ese deber de información consistía en ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, obligación que recaía en cabeza de fondo privado, situación que debía acreditarse dentro de este proceso, posteriormente se introdujo el deber de asesoría y buen consejo con la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 y finalmente el de doble asesoría con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En esa medida, expuso que de las pruebas arrimadas al plenario no se acreditó que PROTECCIÓN S.A., al momento de vincular al demandante le hubiese suministrado la información veraz, clara, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que conllevaría en su futuro pensional la decisión de trasladarse a un fondo privado, lo que constituye una falta al deber de información en los términos ya relacionados, lo cual no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, tornándose ineficaz la vinculación y el traslado que realizó el gestor el 20 de julio de 1984 a la AFP PROTECCIÓN S.A.

En consecuencia, era procedente ordenar a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

individual de la demandante, los cuales deben incluir la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros que se causen hasta la fecha de entrega de los mismos, junto con los gastos de administración y primas de seguros de previsionales de invalidez y sobrevivencia y porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínimo, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexada, junto con la información relevante que lo justifique.

En cuanto al pretensión relacionada con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, indico que, si bien el demandante reúne los requisitos para su reconocimiento, hasta tanto los recursos que se ordena devolver no estén en poder de COLPENSIONES, la entidad no puede estudiar tal solicitud, lo cual solo será hasta que quede ejecutoriada la sentencia, denegando tal pedimento. Asimismo, ordenó a PROTECCIÓN S.A. devolver los dineros que el MINISTERIO DE HACIENDA remidió por concepto de bono pensional debidamente indexados, toda vez que la pensión que debe reconocer el fondo público, no se reconocen con ese tipo de bonos.

Por último, refirió que no tiene vocación de prosperidad la excepción de prescripción propuesta por los fondos demandados de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, argumentando que en el expediente no obra ninguna prueba que permita colegir que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, como error, fuerza o dolo, conforme lo reglado el artículo 1740 del Código Civil.

Adicionalmente, refirió que se está en presencia de un error de derecho que no conlleva a la nulidad o ineficacia del acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado, además existe una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil en la sentencia de instancia, lo que deja la carga de la prueba solo en cabezada del fondo. De otro lado, expuso que el actor tiene la obligación de conocer el funcionamiento del sistema de pensiones de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

acuerdo con lo preceptuado en el Decreto 2241 de 2010, de modo que, el silencio y el paso del tiempo hace entender que está conforme en el RAIS.

Igualmente, señaló que no es posible obtener la nulidad o ineficacia cuando están de por medio aspiraciones económicas, lo que conlleva a la descapitalización del sistema pensional. En cuanto a las costas y agencias en derecho dijo que esa entidad no puede destinar sus recursos para el pago de costas y agencias del derecho, además no participó en el acto que se declaran nulo o ineficaz, y es un tercero ajeno de buena fe, por lo que solicita se revoque la sentencia de primer grado.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A. en su alzada expuso su inconformidad frente al traslado de las comisiones y los seguros previsionales de manera indexada, ya que las comisiones fueron deducidas por disposición legal y ya fueron pagadas y causadas, a razón de la buena gestión y administración que realizó. Igualmente, solicita que no se le obligue a devolver el valor del seguro previsional, pues lo pagó a una aseguradora para que asumiera en caso de un siniestro de invalidez o sobrevivencia, el valor adicional para financiar esas prestaciones, además en el régimen de prima media también se realizan esos descuentos, por lo que no hay lugar a su devolución y menos de manera indexada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Ahora, previo a avanzar con el estudio del caso, y dado que la demandada COLPENSIONES en su disenso aduce que en el presente asunto no existió vicio en el consentimiento que conlleve a la nulidad del traslado, considera esta Colegiatura pertinente memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ha reiterado entre otras en sentencia SL1859-2022, con Radicación No. 90488 de 16 de mayo de 2022, que *“El examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, según las sentencias CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019; CSJ SL3464-2019 y CSJ SL1465-2021, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas de retornar las situaciones a su estado inicial, conforme*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

lo indica el artículo 1746 del CC, como también se orientó en los fallos CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1421-2019, el primero reiterado en los CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019”, por lo que el caso de marras será analizado siguiendo el sendero trazado por el Alto Tribunal de cierre de esta jurisdicción.

En esa medida, es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que “*Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineffectiveness of the transfer, pointing out that "ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineffectiveness of the transfer to an AFP by non-compliance with the duty of information. In fact, the rule of jurisprudence [...] is that the pension fund administrators must provide the member with clear, certain, understandable and timely information about the characteristics, conditions, benefits, differences, risks and consequences of the change in the pension regime and, in addition, that in these processes operates a reversal of the burden of proof in favor of the member. In this regard, it repeats, regardless of whether it has or not a consolidated right, it has or not a transitional benefit, or if it is imminent or not to pension, given that the violation of the duty of information prevails over the validity of the legal act of transfer, considered in itself. This, later, taking into account the particularities of each case", criterion lastly established as binding, among others, in the tutela sentence STL3199-2020, Radicación T 58288 of March 18, 2020, in which it was concluded that:

"[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineffectiveness of the transfer were not conditioned to whether the member belonged to the transition regime, had a consolidated right or a legitimate expectation to pension, since the Court had already indicated that this fact was irrelevant".

De igual manera, in the referred providencia, it was consigned before the burden of proof, that:

"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó el actor el 20 de junio de 1994, con PROTECCIÓN S.A. (Fl. 126 a 133 archivo 13), efectiva a partir del 1º de julio de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 4 archivo 24), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “*Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado*”.

Por otra parte, el promotor en el interrogatorio de parte que rindió señaló que estuvo afiliado en el ISS hasta el año 1994, cuando supuestamente se iba a liquidar esa entidad, calenda en la que llegaron los fondos de pensiones a la empresa donde laboraba, entre ellos, el asesor de PROTECCIÓN el cual les dijo que el ISS estaba en riesgo y que debían trasladarse al fondo privado, siendo las explicaciones mínimas; además expuso que la reunión fue grupal y que con tales argumentos suscribió el formulario de afiliación; también indicó que en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2019 se acercó a ese fondo para conocer sobre su situación pensional y que su bono pensional ya fue redimido.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba que advierte una información de parte de PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado de la demandante, es evidente según lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *"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"*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a los gastos de administración, aspecto sobre el cual PROTECCIÓN S.A. manifiesta su inconformidad, se recuerda que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado."

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro"



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por PROTECCIÓN S.A. en su alzada.

Respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.



"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*; luego, no sería la acción rescisoria la vía a seguir en casos como el que concita la atención de la Sala, como lo insinúa COLPENSIONES en su apelación, de acuerdo a las consideraciones anteriormente expuestas.

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

En esta instancia, debe precisar la Sala que no ahondara en lo atinente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez que depreca el demandante, ya que no manifestó inconformidad a través de los recursos de ley, frente a la decisión adoptada por el *a - quo* sobre el particular, sucediendo lo mismo por parte de las interesadas, frente a la orden emitida por el fallador de instancia sobre la devolución del bono pensional que redimió el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a PROTECCIÓN, favor nombre del actor.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la jueza de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020)."

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora."

Así las cosas, se adicionará y modificar el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar PROTECCIÓN debe retornar a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES los rendimientos y comisiones por administración debidamente indexados.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 4 de agosto de 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que PROTECCIÓN debe retornar a COLPENSIONES los rendimientos y comisiones por administración debidamente indexados.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya *Carlos Alberto Cortes Corredor*
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral: **1100131050 12 2020 00260 01**
Demandante: **JORGE ENRIQUE GOMEZ RAMIREZ**
Demandados: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder a ella conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses y no se formuló recurso de apelación.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JORGE ENRIQUE GOMEZ RAMIREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó el 1º de septiembre de 1999, a través de la cual se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio del fondo de pensiones PORVENIR S.A., por existir engaño y asalto en su buena fe.



Como consecuencia de tal declaración, solicita se ordene a COLPENSIONES lo reciba como afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra; se condene a PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES todos los valores que haya recibido por concepto de cuotas y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado y se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, junto con el retroactivo correspondiente a la diferencia que se genere entre la pensión reconocida por PORVENIR y la que establezca COLPENSIONES. Finalmente, pretende se condene al pago de costas y agencias en derecho a PORVENIR S.A., más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 31 de diciembre de 1951 y realizó cotizaciones del 26 de septiembre de 1968 al 30 de abril de 1997 en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio del empleador Fabrica Nacional Tejidos Lafayette, y del 1º de abril de 1997 hasta el 30 de agosto de 1999 con el Fondo de Pensiones de la Presidencia de la República, alcanzando un total de 226 semanas.

De otra parte, adujo que a mediados de 1999 los asesores comerciales de PORVENIR S.A., visitaron las instalaciones del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA donde laboraba, para que se trasladaran al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los cuales, mediante un acoso sistemático le ofrecieron beneficios superiores a los que obtendría en el Régimen de Prima Media con Prestación definida al momento de pensionarse, como son una mesada superior y la posibilidad de pensionarse anticipadamente, por lo que el 1º de septiembre de 1999 se trasladó de régimen pensional, sin que se le informara sobre los beneficios que perdería al trasladarse, y aduciendo el fondo privado que el ISS se acabaría.

Seguidamente, sostuvo que continúa laborando con el empleador DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, acreditando a marzo de 2020 un total de 1248 semanas. Igualmente, expuso



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que en junio de 2020 solicitó a PORVENIR el traslado de su cuenta pensional, y el 31 de julio de 2020 solicitó a COLPENSIONES que lo recibiera de nuevo como afiliado. A su vez, indicó que al 1º de abril de 1994 contaba con 42 años y que en marzo de 2020 cotizaba a pensión sobre una base salarial de \$2.918.713; empero, PORVENIR S.A. le reconoció una pensión de vejez, en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente a partir de abril de 2020, siendo evidente el engaño y mala información de parte de esa administradora, por lo que los valores reconocidos por concepto de pensión de vejez, deben ser asumidos por el fondo privado y no descontados al demandante. Por último, dijo que esta Corporación ya se pronunció sobre la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al fondo privado y el reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES en sentencia de 14 de agosto de 2019.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el traslado de régimen del actor se efectuó de manera libre y voluntaria, demostrándose así que PORVENIR S.A., no lo constriñó, ni lo obligó a trasladarse de régimen; luego, la afiliación es válida. Igualmente, señaló que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, en aras garantizar la sostenibilidad del sistema en seguridad social.

Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad; inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones. (Archivo 010).

A su turno, la accionada PORVENIR S.A. se opuso a todas pretensiones del libelo inaugural, arguyendo que, el traslado del régimen que llevó a cabo el actor con esa administradora en 1999 fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Además, precisó que el demandante ya no tiene la calidad de afiliado, sino de pensionado por garantía mínima desde el año 2020 bajo la modalidad de retiro programado, es decir, que es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, y un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer, como se dijo en la Sentencia SL 373 de 2021, motivo por el cual no es viable acceder a las pretensiones del gestor.

Propuso como excepción previa la de falta de integración del litisconsorcio necesario, aduciendo que debía integrarse a la litis la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en atención a que la parte demandante se encuentra pensionado desde el año 2020 bajo la modalidad de retiro programado, supuesto conforme el cual el Ministerio reconoció el pago del bono pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que debe hacerse parte del presente proceso.

Como excepciones de mérito formuló las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica. (Archivo 013).

De acuerdo con la contestación que allegó PORVENIR S.A., y la excepción previa que propuso, mediante auto de 27 de octubre de 2021, el Juzgado de primer grado, dispuso, vincular como litisconsorte necesario a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OFICINA DE BONOS PENSIONALES. (Archivo 017).

Acorde con lo anterior, y después de efectuados los trámites de notificación a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, se tuvo por no contestada la demanda. (Archivos 018 y 019).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 22 de agosto de 2022, absolió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas y agencias en derecho a la parte actora.



Para arribar a dicha conclusión, la *a quo* refirió que mediante comunicación adiada el 27 de abril de 2021 que reposa a folio 88 del archivo 13, se evidencia que PORVENIR S.A. le reconoció al demandante, la pensión de garantía mínima en la modalidad de retiro programado, a partir del 4 de marzo de 2020, en cuantía de \$908.526,80 por 13 mesadas al año.

Así pues, trajo a colación la sentencia SL 373 de 2021, emitida por el órgano de cierre de esta jurisdicción, en la que la Alta Corporación indicó que la ineficacia del traslado de régimen pensional en tratándose de un pensionados del RAIS, da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones, lo que imposibilita la declaratoria de la ineficacia que se depreca en la litis.

Adicionalmente, señaló que el actor lleva más de 2 años disfrutando de su pensión en la modalidad de retiro programado, la cual se ha financiado con el capital obrante en su cuenta de ahorro individual y que en su momento sería con el cual COLPENSIONES le reconocería una pensión. Además, dijo que no eran de recibo las afirmaciones del promotor, relacionadas con que con posterioridad a la presentación de la demanda se enteró que estaba pensionado, pues una de las pretensiones del escrito de demanda es que PORVENIR pague la diferencia que se genere con la pensión que le otorgaría COLPENSIONES, siendo claro que a la presentación de la demanda el demandante ya sabía que estaba pensionado por dicha entidad.

Finalmente, dijo que los alegatos de conclusión no son la etapa para solicitar la indemnización de perjuicios, ya que no fue un hecho discutido desde el inicio y tampoco se estableció en la fijación del litigio, por ende, no emitiría pronunciamiento sobre tal pedimento. En consecuencia, absolvió a las demandadas de las pretensiones que se invocaron en su contra y condenó en costas al gestor.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Teniendo en cuenta que la decisión fue totalmente desfavorable a las pretensiones de la parte demandante, y que no se interpuso recurso alguno, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Casación Laboral

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineeficacia del traslado, señalando que “*ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineeficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto*”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineeficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario que suscribiera el demandante con PORVENIR S.A. el 13 de julio de 1999 (Fls. 76 archivo 013), en el cual se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: “desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

De otro lado, en el interrogatorio de parte que depuso el demandante, tampoco se colige que haya confesado haber sido correctamente informado, pues expresó que los asesores de PORVENIR le dijeron que allí se podría pensionar con una mejor mesada y que les devolvían el dinero con intereses; ante tales aseveraciones lo que se desprende es la falta de una debida información como antecedente al traslado de régimen.

a. De la condición de afiliado y pensionado:



De cara a lo anterior, debe acotarse que la ineficacia del traslado, opera para quienes, ostentando la calidad de *afiliados*, hayan suscrito el respectivo formulario, sin que la AFP haya cumplido en debida forma la obligación de información y asesoría que les corresponde, relación de *afiliación* que es la que otorga el ingreso del trabajador dependiente o independiente en el sistema de seguridad social integral, y de la cual surgen derechos y obligaciones de seguridad social. La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que *“La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquéllas en que no lo está (se denomina “baja”).*

En ese punto, la Sala resalta que de las probanzas aportadas por PORVENIR S.A. y conforme lo confesó el actor en el interrogatorio de parte que se surtió en el trámite procesal, en efecto se aprecia que éste se encuentra pensionado en el RAIS a través de la ya referida demandada desde el año 2020 bajo la modalidad de retiro programada, pensión mensual que ascendió a la suma de \$908.526, para el año 2021, prueba de ello lo es la certificación que emitiera la AFP fechada el 27 de abril de 2021, Relación Histórica de Pagos para Pensionados, la solicitud de pensión que elevó el actor el 2 de enero de 2020 y la carta mediante la cual el fondo de pensiones privado le informó sobre el reconocimiento pensional el 6 de marzo de 2020 (Fls. 88, 160 a 161, 168 a 169, 180 y 181 a 183 archivo 013).

Por otra parte, el demandante en su interrogatorio de parte, indicó que solicitó la pensión de vejez a PORVENIR S.A., empero, que no había leído el contrato de retiro programado que suscribió con esa administradora y que la entidad no le indicó que lo había pensionado, confesando que actualmente está recibiendo la pensión y que su inconformidad con el fondo en el cual se encuentra pensionado es el monto de la mesada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En tal sentido, el accionante al haber aceptado la pensión que le fuera reconocida por PORVENIR S.A., dejó de ostentar la calidad de afiliado, para consolidarse en su favor la condición de *pensionado* por vejez en los términos y modalidad seleccionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que sea de recibo para la Sala las manifestaciones que expuso en su declaración, en las que indicó que no conocía que PORVENIR le había otorgado la pensión, cuando de la solicitud de pensión que suscribió y radicó el 2 de enero de 2020, se demuestra lo contrario, documento que por demás no fue tachado ni desconocido por la activa, además como lo expuso la juez de instancia, una de las pretensiones de la demanda solicita se condene a PORVENIR a pagar el retroactivo resultante entre la pensión que reconoció ese fondo y la que estableciera COLPENSIONES, situación que reitera en el hecho 18 de la demanda, de modo que es palpable que sabía de su condición de pensionado. Se debe señalar que las calidades de *afiliado* y *pensionado* resultan relevantes en materia pensional, entre otros aspectos, por cuanto ha sido una consideración en materia de movilidad en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

En efecto, *verbi gratia*, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la trasferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, evento que opera bajo la condición que el afiliado “*no haya adquirido la calidad de pensionado*”, normativa que fue declarada exequible en la sentencia C-841 2003, señalando que “Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”.

Además, debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021, Radicación No. 84475 del 10 de febrero de 2021, trazó la línea de que si bien por regla general cuando se declara la ineffectiva de la afiliación es posible devolver las cosas a su estado normal, la calidad de pensionado resulta en la configuración de una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

razonable revertir cuando se acredita la ineficacia del traslado, como quiera que tal aspecto conllevaría a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto, así se enfatizó:

"Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineffectuación de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de revertir el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos

¹ SL1688-2019, SL3464-2019



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.”

Así las cosas, al encontrarse el accionante pensionado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad bajo la figura de retiro programado, la Sala puede concluir que la decisión de primer grado habrá de confirmarse en su integridad, en tanto, como ya se indicó, existe una multiplicidad de situaciones encaminadas a la afectación tanto financiera, legal, social, entre otras circunstancias, que impiden ante la calidad de pensionado promover la figura de la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 para que la demandante sea retornado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de agosto de 2022, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya *Carlos Alberto Cortes Corredor*
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral **1100131050 14 2020 00055 01**
Demandante: ISABEL ELENA SANJUANELO LATORRE
Demandados: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN
 S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 29 de junio de 2022 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ISABEL ELENA SANJUANELO LATORRE promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare que su afiliación a PROTECCIÓN S.A. fue producto de la indebida asesoría de ese fondo, lo que conllevó a su traslado del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Igualmente, se declare que COLFONDOS S.A. omitió su deber de asesoría al no informarle que podía retornar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES; en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

esa medida, se declare la nulidad del traslado o la ineficacia de la afiliación a PROTECCIÓN.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene a COLFONDOS S.A. la traslade a COLPENSIONES, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad para que sea COLPENSIONES quien defina su solicitud pensional, igualmente, solicita se ordene a la administradora del RPM acepte su traslado; se condene en costas y agencias en derecho, junto con lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, sostuvo que nació el 20 de febrero de 1960, e inició su vida laboral efectuando cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida por medio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES donde alcanzó un total de 369 semanas. De otra parte, manifestó que el 12 de mayo de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de PROTECCIÓN S.A., además, relató que la razón de ese traslado obedeció a que el asesor de ese dicho fondo, le dijo que el ISS iba a ser liquidado.

Seguidamente, adujo que el 23 de diciembre de 1996 se trasladó a COLFONDOS S.A. ya que sus cesantías estaban en ese fondo, empero, al momento de la afiliación esa administradora no se le informó de la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años para la edad de pensión y que los fondos privados no le brindaron asesoría pensional en lapso que ha estado afiliada a esas administradoras.

Relató que COLFONDOS S.A. no realizó ningún estudio de su probable mesada pensional y omitió informarle de las alternativas de ahorro voluntario a fin de evitarle un detrimiento en su mesada pensional, así las cosas, el 3 de septiembre de 2019 solicitó a COLFONDOS S.A. un estudio de su pensión, la cual le informó que su mesada en ese régimen ascendería a \$1.051.215 y en el RPM sería de \$1'675.382, luego, es evidente la diferencia en el valor de su pensión y el perjuicio que le ocasionó el fondo privado al momento del traslado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de régimen ya que no se le realizó un estudio pensional, pues su ingreso base de liquidación asciende a \$4.130.109.

Adicionalmente, advirtió que en su historia laboral no se encuentran los aportes de los empleadores DISTRIBUIDORA NUEVO MUNDO del 1º de marzo de 1979 al 30 de diciembre de 1982 y con el BANCO DE COMERCIO actualmente BANCO DE BOGOTÁ del 16 de enero de 1984 al 31 de enero de 1985, por lo que el 28 de enero de 2020 solicitó la corrección de su historia laboral, precisando que en toda su vida laboral alcanzó un total de 1576 semanas, por último, refirió que solicitó a COLPENSIONES su traslado a esa administradora, la cual denegó su petición el 28 de noviembre de 2019. (Fls. 45 a 60 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en el libelo introductorio, indicando que la actora se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues el formulario de afiliación lo suscribió de manera libre y voluntaria, además, al momento del traslado al RAIS no se encontraba inmersa en las causales de prohibición indicadas por la ley vigente para la época, por lo que su traslado es válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación con el que aceptó las características del RAIS.

Propuso las excepciones de mérito de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (Fls. 123 a 136 Archivo 01).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas pretensiones de la demanda, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Como excepciones, formuló 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, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innombrada o genérica. (Archivo denominado *Contestación Demanda Protección*).

A su turno, la demandada COLFONDOS S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, sosteniendo que brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, informando sobre las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Por tanto, las pretensiones de la demanda carecen de fundamento jurídico y fáctico, pues no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a ese fondo se realizó bajo algún vicio del consentimiento, pues la suscripción del formulario de vinculación demuestra que el traslado se surtió de manera libre y voluntaria.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (Archivo denominado *ContestaciónDemandasColfondos*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de junio de 2022, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante, señora ISABEL ELENA SANJUANELO LATORRE del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A.

Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por COLPENSIONES.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., donde se encuentra afiliado el demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración. Debiendo igualmente la PROTECCIÓN S.A., reintegrar a COLPENSIONES los valores que cobró a título de gastos de administración y comisiones.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

"CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a la parte demandada."

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia expresó que la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencias SL 1688 de 2019, SL 4811 de 2020, SL 145 de 2021 y SL 587 de 2021, ha enfatizado que se genera la ineficacia del traslado ante la falta al deber de información por parte de los fondos de pensiones, con antelación al acto de traslado, lo que no se suple con la suscripción del formulario de afiliación, pues a lo sumo ese documento da cuenta de un consentimiento libre de vicios, pero no informado; deber que ya existía desde la expedición de la Ley 100 de 1993.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, señaló que la actora a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con menos de 35 años y no alcanzaba 15 años de servicios, de la misma forma sostuvo que encontró probado que ésta se trasladó del RPM al RAIS el 12 de mayo de 1994 a través de PROTECCIÓN y el 23 de noviembre de 1996 se trasladó a COLFONDOS, sin que se hubiere probado que se cumplió con el deber que le asistía de acuerdo al artículo 13 literal b) y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues la AFP no demostró el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, pues no le indicó las ventajas y desventajas y características de ambos regímenes pensionales.

Bajo tal escenario, declaró la ineficacia del traslado con la consecuente devolución de los emolumentos que integran la cuenta de ahorro individual, así como los rendimientos financieros sin descontar suma alguna por los conceptos de gastos de administración y aportes para garantía de pensión mínima, no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada COLPENSIONES manifestó su disenso frente a la sentencia se primer grado, solicitando se revoque íntegramente; toda vez que, no se tuvo en cuenta el principio de relatividad, dado que esa entidad es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la demandante y las demás demandadas, actos jurídicos que tienen efectos *inter partes*, por lo que con independencia de la decisión de ineficacia o no, esa encarta no puede ser perjudicar, ya que no intervino en la decisión de traslado de régimen de la demandante. Además, con tal declaración se afecta gravemente el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social, establecido en el artículo 48 de la Constitución Política y el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, dado que afecta la reserva pensional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido"*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora el 12 de mayo de 1994, con PROTECCIÓN S.A., efectiva a partir del 1º de junio de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (folios 41 y 44 archivo denominado *ContestaciónDemandadaProtección*), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “*Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado*”.

Por otra parte, la promotora en la declaración de parte que depuso señaló, que fue vistada por los asesores comerciales de PROTECCIÓN en la empresa donde laboraba, los cuales le dijeron que el ISS entraba en liquidación y que la única opción era trasladarse a un fondo privado de pensiones, por lo que suscribió el formulario de afiliación sin presiones, empero, no se le dio más información sobre los regímenes pensionales, situación que persistió con COLFONDOS.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, pues si bien dijo que suscribió el formulario de afiliación voluntariamente, no se desprende que fuera debidamente informada; luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado de régimen de la demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, luce evidente la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los 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
Deber de información,	Ley 1748 de 2014	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	--	--

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *"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"*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la accionante.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado."

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

"Respecto a los efectos que produce la ineffectividad del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera que alega COLPENSIONES en su alzada, al declararse la ineficacia del traslado, conviene señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, expuso sobre el particular:

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

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

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineeficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineeficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la*



pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineeficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineeficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la jueza de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineeficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).”

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.”

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 29 de junio de 2022 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

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.

De la misma forma, deberá proceder la demandada PROTECCIÓN S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora, conforme se indicó en la sentencia de instancia.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya *Carlo Alberto Cortes Corredor*
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Ordinario Laboral **1100131050 15 2021 00103 01**
Demandante: GEINNING CAMILO RAMÍREZ RODRÍGUEZ
Demandado: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE
 COLOMBIA
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 27 de mayo de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor GEINNING CAMILO RAMÍREZ RODRÍGUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, a fin de declararse que es beneficiario de los derechos consagrados en las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA – SINTRAFEC y la encartada, por lo que atendiendo el artículo 40 de la Convención suscrita en el año de 1974, su vinculación se entiende regida por un contrato de trabajo a término indefinido, así como que la causal



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

invocada por la pasiva para el finiquito contractual se traduce a un despido sin justa causa.

Que como consecuencia de lo anterior, y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 3º de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año 1978, al haber perdurado su relación laboral con la demandada por un interregno superior a 8 años, debe condenarse a la pasiva a reintegrarlo al mismo cargo o a otro similar al que ocupaba al momento de la desvinculación, al igual que se le condene a título de indemnización resarcitoria de perjuicios al pago de salarios y prestaciones legales y extralegales que se hubiesen causado entre la fecha del despido y el momento en que sea reintegrado, así como los aumentos salariales respectivos junto con los pagos al Sistema Integral de Seguridad Social, ello en atención a que no ha mediado solución de continuidad en el contrato de trabajo.

Asimismo, se declare que la demandada se encuentra en la obligación de reconocer y pagar las primas semestrales y de vacaciones convencionales causadas y exigibles desde su vinculación debidamente indexadas, así como que se le condene a tenerse en cuenta que la naturaleza de dichas primas constituye factor salarial, por lo que se debe reajustar sus cesantías, intereses a las mismas, primas de servicios y vacaciones, junto con el pago de costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que vinculó su capacidad laboral con la demandada el 17 de febrero de 1998 a través de un contrato de trabajo a término fijo, desempeñándose como Extensionista en el Municipio de Villanueva – Guajira que pertenece al Comité de Cesar y Guajira. Puntualizó que para el año 2017 recibió una remuneración mensual de \$2.091.526, para el año 2018 de \$2.217.018, en el 2019 de \$2.350.039 y para el año 2020 \$2.445.216.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que la demandada le entregó una comunicación mediante la cual se finalizaba su contrato de trabajo, teniendo como argumento el vencimiento del plazo pactado, finiquito que se dio a partir del 30 de septiembre de 2020.

Refirió que en la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA funciona una organización sindical de empresa y de primer grado denominada SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA – SINTRAFEC, última con quien la demandada ha suscrito varias Convenciones Colectivas de Trabajo encargadas de regular las relaciones obrero - patronales, y en las mismas se han consagrado prestaciones en favor de todos los trabajadores de la encartada.

Asimismo, relató que la cláusula 8^a de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año 1976 estableció derechos atinentes a la estabilidad laboral reforzada como lo fue el pago de indemnizaciones y la transformación del contrato de trabajo a término indefinido, de ahí que tenga derecho a que su relación laboral fuese transformada de término fijo al de indefinido. De igual manera, sostuvo que la cláusula 3^a de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año 1978 consagró el reintegro después de 8 años de servicios, aspecto que se le debe aplicar como quiera que su relación laboral tuvo inicio el 17 de febrero de 1998.

En igual sentido, indicó que la Convención del año 1974 consagró en su artículo 29 una prima semestral, así como que la Convención de 1984 en su artículo 10 estableció una prima de vacaciones, de allí que tenga derecho de tales prerrogativas desde la fecha de vinculación con la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas en su contra. En primer lugar, refirió que el contrato de trabajo con el demandante se suscribió el 1º de febrero de 2004, el cual finalizó el 30 de septiembre de 2020 como consecuencia de la expiración del plazo fijo pactado, causal ajustada a derecho ya que se encuentra consagrada en el literal c) del artículo 61 del C.S.T., previo aviso de no prórroga de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la misma disposición normativa.

Aceptó lo referente a la existencia de la organización sindical SINTRAFEC, pero poniendo de presente que el demandante nunca fue beneficiario del régimen convencional, en la medida que nunca estuvo afiliado a dicho sindicato, ni manifestó la voluntad de acogerse al mismo, por lo que nunca le fueron efectuados descuentos por aportes sindicales de conformidad con lo regulado en el artículo 16 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año de 1984.

Además, expuso que debe tenerse en cuenta que con SINTRAFEC se aclaró cualquier duda que pudiera surgir de la interpretación de las distintas Convenciones Colectivas de Trabajo que se encontraban vigentes, cuando se suscribió la Convención del 2 de febrero de 2021 en cuyo artículo 43 se precisó que *"En ningún evento, la Convención Colectiva de Trabajo tendrá aplicación retroactiva a trabajadores que no estuvieron afiliados o adheridos a la organización sindical SINTRAFEC"*.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, pago y compensación, buena fe, genérica y enriquecimiento sin causa del demandante.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de mayo de 2022 declaró que entre el demandante señor GEINNING CAMILO RAMÍREZ RODRÍGUEZ y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 1998 y el 30 de septiembre de 2020, a través del cual el actor desempeñó el cargo de Extensionista, devengando para el año 2017 una asignación salarial de \$2.091.526, año 2018 \$2.217.018, año 2019 \$2.350.039, y para el año 2020 \$2.445.216, así como que el referido contrato finalizó de forma unilateral y sin justa causa por la encartada.

Declaró a su vez que al demandante le son aplicables las Convenciones Colectivas de Trabajo celebradas entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA – SINTRAFEC.

Por consiguiente, condenó a la demandada reintegrar al actor al mismo cargo o uno de similar condición que desempeñaba al momento del retiro ordenado, junto con el pago a título de indemnización lo concerniente a salarios, prestaciones sociales legales y extralegales, aportes al sistema de seguridad social y demás derechos que le correspondan desde la fecha del retiro ilegal y hasta el momento en que se efectivice el reintegro, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera despedido, es decir, que no ha existido solución de continuidad en el vínculo laboral.

Igualmente, condenó a la demandada al reconocimiento y pago a favor del actor de las primas de servicios y vacaciones de carácter convencional, ordenando reliquidar lo correspondiente a las cesantías y los intereses a las cesantías, pero teniendo en cuenta como factor salarial únicamente lo concerniente a la prima de vacaciones, las cuales se pagarán sin perjuicio de la excepción de prescripción, desde el momento en que se encuentren prescritas y en adelante, una vez efectuado el reintegro se seguirán pagando las mismas,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

motivo por el cual declaró prescritos tales emolumentos con anterioridad al 2 de marzo de 2018.

Declaró probada la excepción de compensación, por lo que autorizó a la demandada para que, en la liquidación de salarios, prestaciones sociales primas y demás derechos cancelados al actor, descuento lo correspondiente a la liquidación cancelada el 30 de septiembre de 2020 con ocasión a la terminación irregular del contrato, declarando como no probadas las demás excepciones propuestas.

Para arribar a dicha conclusión, el *a quo* indicó en primer lugar que, según las pruebas obrantes en el plenario, en especial el testimonio rendido por el señor EDGAR TAFUR CARDOZO, quedó acreditado que el aquí demandante inició sus labores al servicio de la demandada a partir del mes de octubre de 1998, vínculo que finalizó el 30 de septiembre de 2020, aspecto último que incluso fue aceptado por la misma demandada. Refirió que en lo que concierne a las asignaciones salariales, según se corrobora con los comprobantes de nómina el actor para el año 2017 devengó una asignación salarial de \$2.091.526, año 2018 \$2.217.018, año 2019 \$2.350.039, y para el año 2020 \$2.445.216.

Seguidamente, el operador de instancia adujo que en lo que respecta a la aplicación de las Convenciones Colectivas de Trabajo, se encuentra acreditado que el demandante no se encontraba afiliado al sindicato SINTRAFEC, al igual que esta organización sindical fue perdiendo afiliados llegando a una instancia en que se convirtió en un sindicato minoritario.

Que confrontada la cláusula 16 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1994, contempla que su aplicación se daría para todos los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, aspecto que, según los lineamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, decidió que las convenciones celebradas deben aplicarse a todos los trabajadores de la empleadora, independientemente de que gocen de afiliación sindical o no.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Luego, analizó si el contrato de trabajo a término fijo celebrado entre el actor y la demandada puede considerarse como uno a término indefinido, por lo que manifestó que el parágrafo 1º del artículo 40 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en 1974 contempló esa prerrogativa, la cual se mantuvo vigente en la cláusula 8ª de la Convención celebrada en el año 1976, decidiendo que en efecto el vínculo laboral del actor debía entenderse para todos los efectos a término indefinido desde el 1º de octubre de 1999.

En lo que atañe a la petición de reintegro, el fallador de instancia manifestó que en el artículo 3º de la Convención Colectiva suscrita en el año de 1978 y el también artículo 3º de la suscrita en 1982, se dispuso lo correspondiente a este aspecto, por lo que se aprecia en el plenario que mediante comunicación del 30 de septiembre de 2020 la demandada le comunicó al actor el finiquito de la relación ante la expiración del plazo pactado, situación que no se acompaña con la realidad puesto que el contrato del señor GEINNING CAMILO RAMÍREZ RODRÍGUEZ era a término indefinido en virtud de la cláusula convencional; circunstancia por la cual, la terminación fue unilateral y sin justa causa por parte de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, indicando a su vez que para el año 2020 el actor tenía un tiempo laborado por espacio superior a los 8 años en los términos de los preceptos convencionales y, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, debe tenerse en cuenta la remisión que hace esa disposición convencional a la norma de ese momento, esto es, el numeral 5º del artículo 8º del Decreto 2351 de 1965 que gravita al reintegro y que fuese derogada por la Ley 50 de 1990, concluyendo entonces la procedencia del reintegro perseguido al cargo que venía desempeñando el demandante o a uno de igual categoría, junto con el pago a título de indemnización de los salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social y demás derechos, como quiera que no existió solución de continuidad en el vínculo contractual.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sobre este punto, también precisó que en atención de la excepción de compensación propuesta por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA debe atenderse las sumas que le fueron pagadas al demandante con ocasión de la terminación del contrato de trabajo.

De otra parte, el *a quo* analizó lo concerniente al reconocimiento de las primas extralegales perseguidas, por lo que enfatizó que el artículo 29 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año de 1974 regula el pago de las primas semestrales, mientras que el artículo 10 de la Convención suscrita en el año 1984 dispone el pago de la prima de vacaciones, concluyendo que esas prerrogativas también gozaban de condena.

Al unísono, procedió a pronunciarse sobre la procedencia del factor constitutivo de salario de las mentadas primas semestrales y de vacaciones extralegales para efectos de reliquidación de sus derechos laborales, por lo que adujo que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 9º de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año 1996, gozaba de prosperidad esta pretensión pero únicamente sobre las primas extralegales de vacaciones, máxime si conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia por regla general las primas de carácter extralegal y acogiendo lo regulado en los artículos 127 y 128 del C.S.T. no constituyen factor salarial, salvo que las partes lo hayan pactado, tópico que se acordó bajo la égida convencional sobre las primas de vacaciones convencionales, poniendo de presente que la reliquidación versaba para las cesantías y los intereses a las cesantías sin perjuicio del término prescriptivo.

Refirió que si bien en el año 2021 se celebró una Convención Colectiva de Trabajo donde en su cláusula 43 se estableció que esa convención solo aplicaría a los trabajadores afiliados a SINTRAFEC y que en ningún momento se aplicaría de manera retroactiva a trabajadores que no estuviesen afiliados a la misma, dicha convención no puede revocar ni desconocer unos derechos convencionales que se venían reconociendo desde el año 1974, pues bajo su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

entendimiento esa convención sería aplicable pero para aquellos trabajadores que se vinculen laboralmente a partir de esa anualidad.

Por último, expuso que con relación a la excepción de prescripción formulada por la demandada, el demandante interpuso la demanda el 2 de marzo de 2021, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. y los artículos 488 y 489 del C.S.T., la presentación de esta demanda goza de efectos de interrupción del fenómeno prescriptivo, disponiendo que se verían afectadas las primas de servicios y de vacaciones de carácter extralegal, así como la reliquidación de cesantías e intereses a las cesantías causadas con anterioridad al 2 de marzo de 2018, precisando que prosperaría el pago a futuro de estos conceptos ante el reintegro ordenado.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA la apeló. Argumentó su alzada la revocatoria integral del fallo proferido en primera instancia.

Inició su argumento con la inconformidad atinente a la declaratoria de los extremos laborales determinados por el operador de instancia, más precisamente el extremo inicial, ello por cuanto argumenta que el Juzgado se basó únicamente en la declaración rendida por el señor EDGAR TAFUR CARDOZO y sobre el cual se interpuso una tacha de sospecha, aunado a que fue un testimonio genérico y totalmente impreciso que por demás desconoce documentos allegados al plenario como lo fue la suscripción del contrato de trabajo celebrado en el año 2004, por lo que atender solo esa declaración para determinar el extremo inicial es una apreciación errónea, más aún si el mismo testigo puso de presente que existían contrataciones que en ocasiones duraban entre tres y cuatro meses cesantes, de ahí que resulte una impresión que no conduce a declarar el contrato de trabajo desde 1998.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En lo que respecta a la aplicación de los beneficios convencionales, argumentó que si bien no se desconoce el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tampoco se puede dejar de lado que además de esa posición en la jurisdicción, también existen posiciones distintas que se aplican tanto en los Juzgados como las distintas Salas de este Tribunal, donde se establece que la Convención Colectiva de Trabajo pactada en el año 1984 para que el régimen convencional aplique a la totalidad de trabajadores carece de sustento jurídico, por cuanto se desconoce que desde el año 1988 en los términos del artículo 471 del C.S.T. la organización SINTRAFEC era un sindicato de carácter minoritario por agrupar menos de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, de ahí que no existiera una extensión automática de la convención, en la medida que con posterioridad a 1988 fue voluntad de las partes que desaparecieran las cláusulas de las prerrogativas convencionales, más aún si las convenciones posteriores incluyen las cláusulas sobre retención de cuotas para todas aquellas personas que se beneficien de las mismas.

Que en caso de prosperar lo anterior, también encuentra reproche en lo tocante a la mutación del contrato de trabajo de término fijo a indefinido para con el demandante para lo cual se sustentó en la Convención Colectiva de 1976, toda vez que clara ha sido clara la Corte en determinar respecto a la derogatoria de la figura de mutación de contratos de trabajo a partir de la Convención suscrita en el año 1978, por lo que el vínculo del demandante siempre lo fue a término fijo, que por demás culminó ajustado a derecho a razón de la expiración del plazo pactado, tópico que a su vez conlleva a que deba ser inaplicable la cláusula del artículo 3º de la Convención del año 1982 relativa al reintegro, como quiera que esa cláusula se sustenta en el hecho que el trabajador haya sido despedido o su contrato finiquite sin justa causa, aspectos que no sucedieron en la medida que lo ocurrido fue una finalización contractual por expiración del plazo pactado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Frente al pago de las primas extralegales, solicita a este Tribunal que en caso de prosperar la condena se falle en concreto y no en abstracto en el entendido de cuantificar los montos de cada pretensión en los términos del C.G.P. Por otra parte, encontró inconformidad en darle carácter salarial a la prima extralegal de vacaciones, pues si bien no se desconoce el artículo 9º de la Convención Colectiva de Trabajo de 1996, el segundo aparte del articulado señala que se deja en libertad a las partes para que puedan pactar que dicho rubro tengo o no carácter salarial según lo regulado en el artículo 127 del C.S.T., máxime si el actor se vinculó en un tiempo superior a la suscripción de la convención, sin que tampoco se hubiese realizado un estudio del contrato de trabajo que determinó que esta prima no gozaría de carácter salarial.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución del presente asunto y atendiendo los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala abordará los siguientes problemas jurídicos:

(i) Determinar el extremo inicial de la relación laboral ocurrida entre las partes, ello en atención a que el vínculo contractual en ningún momento se desconoció por la encartada.

(ii) Auscultar si el demandante es beneficiario de las prerrogativas convencionales que se suscribieran entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CAFETEROS y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA – SINTRAFEC.

(iii) Analizar de manera concatenada lo que gravita en torno a la contratación a término indefinido según los preceptos del artículo 40 de la Convención Colectiva de trabajo suscrita en el año de 1974 y la justeza del despido, el reintegro de que trata el artículo 3º de la Convención pactada en el año 1978, junto con el pago de salarios y prestaciones legales y extralegales que se hubiesen causado entre la fecha del despido y el momento en que sea reintegrado a título de indemnización resarcitoria de perjuicios, aportes al sistema de seguridad integral y aumentos salariales, el reconocimiento y pago de las primas semestrales y de vacaciones de carácter extralegal dispuestas en el artículo 29 de la Convención de 1974 y el artículo 10 de la Convención de 1984, con su respectiva indexación.

(iv) En caso de resultar avante el reconocimiento y pago de la prima extralegal de vacaciones, determinar si la misma es constitutiva de salario, para así examinar si goza de prosperidad la reliquidación por concepto de cesantías e intereses sobre las mismas.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los planteamientos jurídicos que preceden, es menester que la Sala precise en primera medida que entre el aquí demandante señor GEINNING CAMILO RAMÍREZ RODRÍGUEZ y la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS se suscribió un contrato de trabajo a término fijo el 1º de febrero de 2004, en virtud del cual el actor desempeñó el cargo de Extensionista, cuya fecha de finalización sucedió el 30 de septiembre de 2020 con la motiva de la expiración del plazo pactado, prueba de ello lo es copia del contrato de trabajo, el preaviso que se le notificara al actor el 28 de agosto de 2020, así como la certificación que emitiera la encartada el 13 de octubre de 2021 (PDFS 2.1., 2.4 y 2.9 – CARPETA 15 ANEXOS CORREO 20211026).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De igual manera, que la asignación salarial mensual del demandante que fuese determinada por el operador de instancia para el año 2017 ascendió a la suma de \$2.091.526, año 2018 \$2.217.018, año 2019 \$2.350.039 y para el año 2020 \$2.445.216.

d. Del extremo inicial de la relación laboral ocurrida entre las partes:

Como se desprende de la apelación formulada por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, se aqueja en el hecho de que el extremo inicial que la ató con el demandante no fue a partir del mes de octubre de 1998, sino a partir de la suscripción del contrato de trabajo sucedido el 1º de febrero de 2004, en tanto, a su juicio, el *a-quo* no debió atender tal extremo basado en los dichos del testigo EDGAR TAFUR CARDOZO.

Por tal razón, atendiendo el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, en concordancia con los artículos 23 y 24 del C.S.T., y atendiendo la carga probatoria que le asiste a la parte demandante para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, SL2240-2022, Radicación No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL2186-2022, Radicación No. 89890 del 29 de junio de 2022, SL2189-2022, Radicación No. 90418 del 29 de junio de 2022, entre otras.

Al respecto, vale la pena advertir que la única declaración practicada en el transcurrir del trámite procesal fue precisamente la del testigo EDGAR TAFUR CARDOZO (tachado de sospecha), quien manifestó que conoce al demandante porque fueron compañeros de trabajo en la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA. Indicó que el demandante ingresó a laborar al servicio de la encartada en el mes de octubre de 1998 en el cargo de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Extensionista en el Departamento de la Guajira, precisando que él como declarante ingresó a laborar también como Extensionista al mismo tiempo que el actor.

Que todos para la época ingresaron a laborar a través de un contrato a término fijo, puntuizando que inicialmente para el año de 1998 trabajaron dos meses, luego se les contrató en el mes de febrero de 1999, renovándose anualmente por periodos de diez u once meses, situación que sucedió hasta el año 2004 cuando se les dejó de hacer contratos anualmente, por lo que siguieron trabajando de manera automática sin renovar contrato.

Que el demandante trabajó hasta el mes de febrero de 2020, exponiendo que el actor entre 1998 y el 2004 prestó sus servicios de manera continua y que en dicho interregno en todo momento trabajaron en distritos diferentes, pero se veían de una manera frecuente en la semana puesto que vivían en el mismo municipio.

Así las cosas, contrario a lo decidido por el *a-quo*, no encuentra la Sala soporte necesario que advierte de manera fehaciente que con la declaración del señor EDGAR TAFUR CARDOZO se configure una relación laboral entre las partes a partir del mes de octubre de 1998 y en adelante.

Nótese que lo expuesto por el testigo refleja que no existe una fecha precisa sobre la contratación que el demandante presuntamente tuvo hasta el año 2004, pues como el mismo indicó, si bien el actor inició labores en el mes de octubre de 1998, lo cierto es que el contrato según sus dichos tuvo desde el año 1999 interrupciones de aproximadamente uno o dos meses entre una y otra contratación por existir renovaciones del contrato por periodos de diez u once meses, situación que apuntala a la Sala a estimar que no existe certeza que el servicio se haya desempeñado de forma continua e ininterrumpida por lo menos hasta el mes de enero de 2004, pues debe recordarse que al tenor de los postulados del órgano de cierre, los contratos de trabajo pueden



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

entenderse sin solución de continuidad siempre y cuando no se exceda de un tiempo superior a 30 días de interrupción.

Lo anterior, conduce entonces que al encontrarse como única prueba certera de la relación laboral la celebración del contrato de trabajo a término fijo que suscribieran las partes, suscrito el 1º de febrero de 2004, junto con la correspondiente certificación laboral emitida por la encartada que corrobora el extremo inicial de su celebración (PDFS 2.1. y 2.4.- CARPETA 15 ANEXOS CORREO 20211026), es por lo que se puede concluir que el contrato de trabajo que unió a las partes perduró en el tiempo por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2004 y el 30 de septiembre de 2020; circunstancia por la cual, la decisión de primer grado habrá de modificarse sobre este puntualísimo aspecto.

e. Del beneficio de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS – SINTRAFEC:

En dirección a determinar si el demandante ha sido beneficiario de las Convenciones Colectivas suscritas entre su empleador y la asociación sindical SINTRAFEC, importante es precisar, que no milita prueba dentro del expediente que dé cuenta que el actor estuvo afiliado a dicha organización sindical, en especial los distintos desprendibles de nómina arrimados al plenario que reflejan que en ningún momento se le efectuó descuento alguno sobre este concepto, pero pese a ello, atendiendo el contenido de las Convenciones Colectivas suscritas por su empleador y el mentado sindicato, considera ser beneficiario de tales instrumentos por haberse pactado su aplicación a todos los trabajadores de la Federación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para lo pertinente, es pertinente destacar que el artículo 33 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año de 1974 (Fls. 22 a 67 – PDF 01 – DEMANDA), consagró:

"La presente Convención Colectiva de Trabajo será aplicada a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y de los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A. "ALMACAFE", en las condiciones y términos aquí indicados.

"A los trabajadores no sindicalizados que se beneficien total o parcialmente con la contratación colectiva se les harán, con destino a Sindicato, las retenciones que autoriza la Ley." (Negrillas y subrayas de la Sala).

A su vez, la cláusula *trigésima primera* de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en 1976 (Fls. 68 a 109 – PDF 01 – DEMANDA), en lo que ataña a su ámbito de aplicación preceptúa:

"La presente Convención Colectiva de Trabajo será aplicada a todos los trabajadores de las EMPRESAS, en las condiciones y términos aquí indicados.

"A los trabajadores no sindicalizados que se beneficien total o parcialmente de la contratación colectiva, se les harán, con destino a SINTRAFEC las retenciones que autoriza la Ley y esta Convención." (Negrillas y subrayas de la Sala).

Las anteriores prerrogativas de aplicabilidad, se pactaron en igual sentido en el artículo 33 de la Convención suscrita en 1978 y en el artículo 16 de la Convención de 1984 (Fls. 11 a 138 y 139 a 147 – PDF 01 – DEMANDA).

También, es menester precisar que en lo que respecta al concepto de retención que disponen en todo momento los anteriores acuerdos convencionales, la cláusula 14 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada para el año 1998, repetida en las disposiciones 16, 7, 8, 11 y 9 de las Convenciones pactadas 1990, 1992, 1994, 1996 y 1998 (Fls. 148 a 158 – PDF 01 – DEMANDA, CARPETA 2.12. - COPIA CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO), dispone:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

"(...)

"Retención para Sintrafec.

"Para los efectos de retención de cuotas sindicales con destino a Sintrafec se procederá de acuerdo a la Ley.

"Las dudas, vacíos o conflictos de normas en desarrollo y ejecución de la presente convención colectiva de trabajo se resolverán de acuerdo a la Ley." (Negrillas y subrayas de la Sala).

Bajo tales premisas, la Sala puede colegir que la disposición extralegal en lo que atañe a su aplicabilidad ha venido transcurriendo en el tiempo sin extinción alguna como así lo defiende la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en el recurso de alzada, en tanto, no existe condicionamiento de esa aplicabilidad frente al pago o no de las cuotas sindicales para con sus trabajadores; circunstancia por la cual, para efectos legales en el tiempo las convenciones continuaron vigentes para todos los trabajadores al servicio de la empleadora, incluso con posterioridad al año del 1988, máxime si se tiene en cuenta que el clausulado 13 de la Convención de 1988 regula:

"ARTÍCULO 13: Normas de Convenciones y Laudos Anteriores:

"Continuarán vigentes las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos arbitrales anteriores que no hayan sido derogados, modificadas o sustituidas por la presente Convención Colectiva de Trabajo."

En este punto, vale la pena precisar lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL4613-2019, Radicación No. 53842 del 29 de octubre de 2019, que a su vez refirió posturas de antaño como lo son las de radicación No. 37478 del 7 de julio de 2010 y No. 38463 del 25 de septiembre de 2012 donde se explicó:

"Precisado lo anterior, la Sala empieza por transcribir la cláusula 14 de la convención colectiva de trabajo vigente entre el 1 de abril de 1988 al 31 de marzo de 1990, que se repite en las disposiciones 16, 7, 8, 11 y 9 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

las convenciones colectivas de trabajo vigentes entre el 1 de abril de 1990 al 31 de marzo de 1992, 1 de abril de 1992 al 31 de marzo de 1994, 1 de abril de 1994 al 31 de marzo de 1996, 1 de abril de 1996 al 31 de diciembre de 1997 y 1 de enero de 1998 al 31 de diciembre de 1999, respectivamente, que al efecto dice:

“[...]”

“Retención para Sintrafec.

“Para los efectos de retención de cuotas sindicales con destino a Sintrafec se procederá de acuerdo a la Ley.

2Las dudas, vacíos o conflictos de normas en desarrollo y ejecución de la presente convención colectiva de trabajo se resolverán de acuerdo a la Ley. (se subraya. f.º 236).

“De la disposición extralegal que se acaba de transcribir, no puede inferirse que se derogó «tácitamente» el contenido de la cláusula 31 de la convención colectiva de trabajo 1976, como lo pregonó la censura, porque allí en ningún caso se está condicionando la aplicación de las prerrogativas convencionales al pago de las cuotas sindicales. Simplemente se refiere a que «Para los efectos de retención de cuotas sindicales con destino a Sintrafec se procederá de acuerdo a la Ley».

“De manera que, en realidad, tal estipulación, antes que una condición, es apenas una consecuencia de la extensión de la convención a «todos los trabajadores», como se dispuso en la cláusula 31 de la convención colectiva de trabajo suscrita en 1976 (f.º 138), disposición esta que, como acertadamente lo consideró el Tribunal, continuó surtiendo plenos efectos con posterioridad al año 1988, lo cual se logra por disposición expresa de las partes sumergidas en cada uno de los conflictos colectivos suscritos en adelante.

“Al efecto, basta transcribir la cláusula 13 del acuerdo convencional vigente entre el 1 de abril de 1988 al 31 de marzo de 1990 (f.º 236), que se repite en las convenciones suscritas con posterioridad:

“[...]”

“Continuarán vigentes las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos arbitrales anteriores que no hayan sido derogadas, modificadas o sustituidas por la presente Convención Colectiva de Trabajo

“Refuerza lo anterior, no solo lo dicho por la Sala de Casación Laboral en las decisiones que en su apoyo cita el Tribunal, especialmente, la sentencia CSJ SL, 7 jul. 2010, rad. 37478, sino también en lo expuesto en la sentencia



CSJ SL, 25 sep. 2012. rad. 38463, cuando al decidir un asunto de contornos similares al presente, por demás seguido contra la misma demandada, consideró:

"[...]

"Si la voluntad de los contratantes hubiera sido condicionar la aplicación de la convención a los trabajadores no sindicalizados, al pago de las cuotas al sindicato, así lo habrían dicho de manera expresa y nítida, o por lo menos con unos enunciados de los que se pudiera desprender razonablemente ese alcance; pero lo que aquí resulta claro es que en la regulación que acordaron las partes no hay ningún asomo de esa intención, ni siquiera haciendo el más grande esfuerzo interpretativo, ni admitiendo las limitaciones que pueda reconocerse al lenguaje natural, porque aun aceptando que esto es así, es evidente que aquél tiene y cumple una importante labor comunicativa y puede expresar con certeza y unívocamente el querer de los contratantes; sin que, por otro lado, de ninguna otra prueba se desprenda que fue voluntad de las partes regular el asunto como aduce la empresa. Por lo tanto, si las partes consciente y nítidamente decidieron ampliar los beneficios de la convención a todos los trabajadores, cualquier restricción a esta estipulación debía ser igual de diáfana y específica, cuestión que no se entrevé por ningún lado. (Subraya la Sala).

"De otra parte, el hecho de que al actor no se le hubieran realizado los descuentos con destino a Sintrafec, tal como se evidencia en los desprendibles de pago visibles a folios 417 a 453, tal omisión, en modo alguno, acarrea la pérdida de los beneficios convencionales, como también se reiteró en la sentencia que se acaba de transcribir, a los cuales se obligó la demandada desde la negociación acaecida en 1976, máxime que, por disposición de la ley, es ella como empleadora, no el trabajador, quien debe efectuar los descuentos respectivos y trasladarlos luego a la organización sindical.

"Por demás, la sola circunstancia de que el sindicato que suscribió el acuerdo convencional haya dejado de ser mayoritario a partir de 1988, no disuelve los convenios establecidos, pues si la cláusula convencional ordenó su aplicación a la totalidad de los trabajadores de la empresa, existe el deber jurídico de respetar esos compromisos, pues en este caso, se reitera, la extensión no se da por ministerio de la ley sino por decisión de las partes contratantes.

"Finalmente, cabe precisar que si la intención de los intervenientes era limitar tal cobertura, así lo tenían que haber dispuesto de manera expresa y clara en las convenciones que celebraron con posterioridad o, por lo menos, lo habrían dejado plasmado con unos enunciados contundentes de los que se pudiera inferir, sin lugar a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

equívocos, tal alcance que, desde luego, para la Sala, no lo contiene la cláusula 14 de la convención colectiva de trabajo vigente entre el 1 de abril de 1988 al 31 de marzo de 1990 anteriormente citada.” (Negrillas y subrayas de la Sala).

Reitera la Sala en este punto que lo adoctrinado para la aplicación de las Convenciones a todos los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS también ha venido siendo analizada recientemente, como por ejemplo en las decisiones SL444-2022, Radicación No. 87639 del 23 de febrero de 2022, SL1428-2021, Radicación No. 84530 del 19 de abril de 2021, SL3573-2020, Radicación No. 72022 del 22 de septiembre de 2020, entre otras, situaciones todas que conllevan a que lo decidido por el *a quo* sobre este aspecto sea confirmado.

En este punto también resulta oportuno mencionar, frente a las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de esta Corporación con criterios opuestos, que en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma Sala de Decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política. Por otra parte, esta Sala de Decisión ha venido sosteniendo el criterio aquí esbozado, tal como se verifica, *verbi gratia*, en los fallos con radicación 11001310501920170082601 del 30 de septiembre de 2020 y 11001310503020180000101 del 26 de febrero de 2020.

- f. **De la mutación del contrato de trabajo a término fijo a indefinido según los preceptos del artículo 40 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año 1974, para así determinar si el finiquito del vínculo fue injusto por parte de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, ello con la finalidad de auscultar la procedencia o no del reintegro contenido en el artículo 3º de la Convención de 1978:**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para lo pertinente, debe señalarse en primera medida que como lo esbozó el extremo accionante, pretende en primer lugar la aplicabilidad de la mutación de su contrato de trabajo a término fijo en indefinido bajo la égida de lo regulado en el artículo 40 de la Convención pactada en el año 1974, y así se determine que al considerarse como indefinido, el finiquito expuesto por la encartada a partir del 30 de septiembre de 2020 ante la expiración del plazo no se ajusta a derecho.

Lo anterior para que a su vez goce de prosperidad el reintegro perseguido a la luz de lo pactado extralegalmente en el artículo 3º de la Convención de 1978.

En tal sentido, sea lo primero indicar que el artículo 40 de la Convención Colectiva de Trabajo del año 1974 establece:

"ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS DE TRABAJO:

"En caso de terminación unilateral de Contrato de Trabajo sin justa causa, por parte del patrono, éste pagará al trabajador la siguiente indemnización según el tiempo de servicio:

- a) *Cuarenta y siete (47) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.*
- b) *Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán diecinueve (19) días adicionales de salario sobre los cuarenta y siete (47) días hábiles del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes, y proporcionalmente por fracción.*
- c) *Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio continuo y menos de diez (10), se le pagarán veinticuatro (24) días adicionales de salario sobre los cuarenta y siete (47) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicios subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.*
- d) *Si el trabajador tuviere diez (10) años o más de servicio continuo, se le pagarán treinta y cuatro (34) días adicionales de salario sobre los cuarenta y siete (47) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción.*

PARÁGRAFO 1º: Todo contrato de trabajo a Término Fijo que cumpliera o hubiere cumplido un (1) año de servicio continuo al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PATRONO, será vinculado como trabajador permanente con contrato de Tiempo Indefinido.

PARÁGRAFO 2º: Este artículo reglamenta íntegramente la materia sobre indemnización por despidos sin justa causa y por lo tanto deroga las disposiciones que figuran en Convenciones o Laudos Arbitrales anteriores.”

De otra parte, la Convención de 1976 establece en su cláusula octava regula:

“ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS DE TRABAJO

En caso de terminación unilateral de Contratos de Trabajo sin justa causa, por parte del patrono, éste pagará al trabajador la siguiente indemnización según el tiempo de servicios:

- a) *Cincuenta (50) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año;*
- b) *Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán veintiún (21) días adicionales de salario sobre los cincuenta (50) días básicos del literal a) por cada año de los años de servicio subsiguientes, y proporcionalmente por fracción;*
- c) *Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio continuo y menos de diez (10), se le pagarán treinta y seis (36) días adicionales de salario sobre los cincuenta (50) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicios subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción.*
- d) *Si el trabajador tuviere diez (10) años o más de servicio continuo, se le pagarán treinta y seis (36) días adicionales de salario sobre los cincuenta (50) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicios subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción.*

PARÁGRAFO: Todo trabajador de contrato a Término Fijo que cumpliera o hubiere cumplido un (1) año de servicio continuo a las EMPRESAS, será vinculado como trabajador permanente con contrato de Tiempo Indefinido.”

También importante resulta destacar lo regulado en los artículos 3º y 30 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en 1978:

“Artículo 3º.- ESTABILIDAD LABORAL.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del Patrono, éste pagará al trabajador las siguientes indemnizaciones según el tiempo de servicios.

1º En caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del Patrono, éste pagará al trabajador las siguientes indemnizaciones según el tiempo de servicios:

- a) *Cincuenta y Seis (56) días de salarios cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicios no mayor de un (1) año;*
- b) *Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán Veintisiete (27) días adicionales de salario sobre los Cincuenta y Seis (56) días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes, y proporcionalmente por fracción.*
- c) *Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicio continuo y menos de ocho (8) se le pagarán treinta y seis (36) días adicionales de salario sobre los cincuenta y seis (56) días básicos del literal a), por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;*
- d) *Si el trabajador tuviere ocho (8) años o más de servicios continuos, se le pagarán cuarenta y dos (42) días adicionales de salario sobre los cincuenta y seis (56) días básicos del literal a), por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero, y proporcionalmente por fracción;*
- e) *Cuando el trabajador hubiere cumplido ocho (8) años continuos de servicios y fuere despedido sin justa causa, podrá solicitar ante el Juez del Trabajo el reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir o la indemnización de que trata el literal d) de este Artículo, e la forma prevista en el numeral 5º del Artículo 8º del Decreto 2351 de 1965;”*

“Artículo 30.- CONTINUIDAD DE PRESTACIONES Y DERECHOS.

Los derechos, las prestaciones legales y extralegales del trabajador y de Sintrafec, que las Empresas están reconociendo y pagando, respectivamente, en los momentos de firmarse la presente convención, continuarán en vigencia siempre y cuando no sean modificados por esta Convención.

Si sucediere el caso de que alguna prestación o derecho actualmente vigente beneficiaren al trabajador y/o Sintrafec en forma y en cuantías a la similar consignada en esta Convención, quedará rigiendo y será de forzosa aplicación aquella más favorable al trabajador y/o Sintrafec.” (Negrillas y subrayas de la Sala).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para lo pertinente, contrario a lo analizado por el operador de instancia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia efectuó un análisis ponderado frente a lo pactado en la Convención de 1976 y la de 1978, pues al interpretar lo de su cargo, argumentó que la de 1978 modificó lo que gravita en torno a la estabilidad laboral, en el entendido que existió una supresión para que las relaciones laborales que iniciaron bajo la figura de fijos pudiesen transformarse y/o mutar a indefinidos por la superioridad de un (1) año, puesto que allí además de incrementarse la tabla indemnizatoria para la terminación del contrato sin justa causa en responsabilidad del empleador, dispuso la posibilidad de reintegro para aquellos trabajadores despedidos sin justificación después de 8 años de labores, siendo esto último pactado de común acuerdo por la organización sindical y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA con ocasión del principio de autocomposición, primando únicamente la estabilidad laboral y no la mutación contractual, así lo dispuso la Corte en sentencia SL6231-2016, Radicación No. 42219 del 11 de mayo de 2016:

"Para resolver lo planteado en los cargos, es menester traer a colación los apartes pertinentes de los diferentes acuerdos colectivos de trabajo:

-La cláusula octava de Convención colectiva de 1976, dispone:

«ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS DE TRABAJO

En caso de terminación unilateral de contratos de trabajo sin justa causa, por parte del patrono, éste pagará al trabajador la siguiente indemnización según el tiempo de servicios (...)»

PARAGRAFO.: Todo trabajador de contrato a Término Fijo que cumpliera o hubiere cumplido un (1) año de servicio continuo (sic) será vinculado como trabajador permanente con contrato de Tiempo Indefinido» (fl.242)

Por su parte los artículos 3º y 30 de la Convención Colectiva de 1978, prevén en su orden:

«Artículo 3º.- ESTABILIDAD LABORAL.

En caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del Patrono, éste pagará al trabajador las



siguientes indemnizaciones según el tiempo se servicio (...)» (fl. 200).

«Artículo 30.- CONTINUIDAD DE PRESTACIONES Y DERECHOS.

Los derechos, las prestaciones legales y extralegales del trabajador y de Sintrafec, que las Empresas están reconociendo y pagando, respectivamente, en los momentos de firmarse la presente convención, continuarán en vigencia siempre y cuando no sean modificados por esta Convención (...)» (fl. 218).

Pues bien, una vez analizadas de manera individual y en conjunto las cláusulas convencionales transcritas, en sentir de la Corporación el acuerdo colectivo suscrito en el año 1978, modificó la cláusula sobre estabilidad estatuida en la convención colectiva de trabajo de 1976, es decir, eliminó la posibilidad de que los contratos de trabajo a término fijo pudiesen mutar a indefinido.

Repárese en que en la convención colectiva de trabajo de 1978 no solo incrementó la tabla de indemnización para los casos de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa, por parte del empleador, sino que consagró la posibilidad del reintegro para los trabajadores despedidos sin justedad alguna luego de 8 años de.

Por manera que esta última disposición es el resultado del querer de los protagonistas sociales que, en virtud, del principio de autocomposición acudieron a un proceso de negociación colectiva y que estimaron excluir del acuerdo final suscrito en el año 1978, la transformación de los señalados vínculos jurídicos, ya que empleador y organización sindical se encargaron de regular de forma integral la figura de la estabilidad.

Ciertamente, y en vía de corroborar lo discurrido, del contenido mismo de la convención colectiva de trabajo de 1982, se nota aún más la intención de las partes de excluir tal mutación contractual, toda vez que allí se pactó un capítulo conformado por 5 artículos, que reglamenta de manera completa y amplía todo lo concerniente a la estabilidad, disposición en donde precisamente brilla por su ausencia la tantas veces mencionada posibilidad de cambio en la modalidad contractual de fijo a indefinido.

Para abundar en este preciso aspecto, véase que el capítulo II, artículo 4º de convención colectiva de trabajo de 1984, dispuso: «ESTABILIDAD LABORAL. En los términos del Artículo 3º de la convención colectiva de julio de 1982, se incrementarán en dos días cada uno de los rangos allí contemplados para el caso de terminación unilateral de los contratos de trabajo sin justa causa», lo que permite inferir con mayor agudeza que tampoco incluyó el parágrafo en mención



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y que la intención de las partes desde la firma de la convención colectiva de trabajo suscrita en el año 1978, fue excluirlo de cualquier pacto posterior.

*Ahora, si se tiene en cuenta que la figura bajo estudio estaba consagrada en el parágrafo de la norma convencional de 1976 y si entendemos por parágrafo un «Fragmento de un escrito que tiene una unidad temática», quiere decir que la posterior convención colectiva-1978- al no consagrirla **modificó** tal precepto, en el sentido de suprimir de la convención la posibilidad de variarse la naturaleza jurídica del contrato y, en ese horizonte, la normativa convencional no podía ser escindida, como lo pretende la recurrente. En otras palabras, dicho parágrafo no consagra una materia diferente a la de la estabilidad laboral, por lo que no se puede entender como un precepto autónomo o un beneficio independiente de la propia regulación de la estabilidad, cuando por su naturaleza es dependiente o inherente a ella, es decir, guarda una relación directa de conexidad con la figura de la estabilidad.*

En el anterior contexto, las partes suscibientes de la convención colectiva de trabajo de 1978, en virtud de los principios de unidad de materia y el de las cosas se deshacen como se hacen, acordaron excluir lo concerniente a que «todo trabajador de contrato a Término Fijo que cumpliera o hubiere cumplido un (1) año de servicio continuo a LAS EMPRESAS, será vinculado como trabajador permanente con contrato de Tiempo Indefinido».

Pero hay más. Aquí bien puede traerse a colación lo estatuido en el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, en cuanto a estimar «insubsistente una disposición legal por (...) existir una ley nueva que regula íntegramente la materia», y ese fue el mensaje de las partes al acordar el punto de estabilidad en la convención colectiva suscrita en 1978, en lo atinente, itérese, a excluir el parágrafo pactado otrora en el acuerdo de 1976.”

Ello condujo entonces, a que la Corte dispusiera la improcedencia de la “*CONTINUIDAD DE PRESTACIONES Y DERECHOS*”, esto es, que al no existir la prerrogativa extralegal de la mutación del contrato de trabajo de fijo a indefinido, no habría cabida a efectivizar un reintegro en los términos del Parágrafo de la cláusula 8^a la Convención Colectiva de Trabajo del año 1976 que define: “*Todo contrato de trabajo a Término Fijo que cumpliera o hubiere cumplido un (1) año de servicio continuo al PATRONO, será vinculado como trabajador permanente con contrato de Tiempo Indefinido*”, toda vez que este



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fue excluido, así también lo decidió la Corte en la misma sentencia SL6231-2016, Radicación No. 42219 del 11 de mayo de 2016 más adelante:

"De suerte que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 30 de la convención colectiva de 1978, CONTINUIDAD DE PRESTACIONES Y DERECHOS-, en la medida en que el susodicho parágrafo de la cláusula 8^a de la convención colectiva de 1976, efectivamente sí fue excluido por las partes del acuerdo colectivo.

En conclusión, examinadas las acusaciones enrostradas en los dos cargos, desde diversas perspectivas, no se equivocó el juzgador de segundo grado, dado que el contrato que ató a las partes en contienda fue a término fijo y, por ende, no era procedente el reintegro en los términos solicitados en la demanda inicial."

Así las cosas, la Sala colige la improcedencia de estos aspectos que conllevan a que los de primer grado sean revocados y con ello se absuelvan, pues tales preceptos envolvieron el argumento del recurso de apelación de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, tópico que por demás conviene advertir que el contrato de trabajo que se extendiera entre las partes por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2004 y el 30 de septiembre de 2020, el cual finalizó a razón de la expiración del plazo pactado y que por demás fuese preavisado con 30 días de anticipación, más exactamente el 28 de agosto de 2020, lo que ausulta una terminación ajustada a derecho conforme lo regula el numeral 1º del artículo 46 del C.S.T. (PDF 2.4 – CARPETA 15 ANEXOS CORREO 20211026).

Lo expuesto en precedencia también conlleva a que se absuelva lo que se haya ordenado como pago con posterioridad al finiquito del vínculo contractual ocurrido el 30 de septiembre de 2020 ante la negativa del reintegro.

g. Del reconocimiento y pago de las primas semestrales y de vacaciones de carácter extralegal dispuestas en el artículo 29 de la Convención de 1974 y el artículo 10 de la Convención de 1984:

En la Convención firmada en 1974, en su artículo 29 se acordó:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

"PRIMAS SEMESTRALES:

Adicionalmente a lo existente, las Empresas pagarán a todos los trabajadores por concepto de prima de servicios, veinte (20) días más del salario en la prima semestral de Junio, quedando en consecuencia así: dos meses de salario (básico, prima de cesantía, prima de antigüedad y sobrecargos nocturnos) en junio y dos meses de salario en diciembre. Dichos pagos se harán de acuerdo con las normas vigentes de las empresas para esta prestación social. Este punto tendrá vigencia a partir del 1º de septiembre de 1974"

Así las cosas, se tiene que los trabajadores de la empresa demandada, tienen derecho a unas primas semestrales extralegales equivalentes un mes y medio de salario, como quiera que el valor a cancelar corresponde a 2 meses cada semestre, suma de la que se entiende incluida la prima legal de servicios equivalente a 15 días de que trata el artículo 306 del C.S.T.

Nótese bien, a más de preceptuarse 20 días de salario, se aclaró que el total a pagar sería de 2 meses cada semestre, que a su vez trae incluida la prima legal de servicios de que trata el artículo 306 del C.S.T. Tal interpretación se dedujo atendiendo a que este Tribunal en sentencia proferida el 23 de mayo de 2018 dentro del proceso 1100131050 25 2016 00527 01 efectuó un análisis luego de extraer de manera conjunta sobre esta prorrogativa extralegal la Convención de 1965, última que no obra dentro del plenario pero que concatena la vigencia de esta prerrogativa y que se hace necesaria para su interpretación literal:

"Ahora en cuanto a la liquidación de la prima extralegal de servicios de los años 2014 y 2015 recurrida por el apoderado de la demandada, respecto de las cuales el Juez a quo consideró correspondían a \$5.377.168 y \$5.497.838 (Cd. fl. 740 Record 23:36), procede la Sala a verificar los cálculos aritméticos de estas condenas, precisando el artículo 29 de la Convención Colectiva de 1965 (fl. 69) estableció:

"El patrono pagará por concepto de prima de servicios, que incluye la legal y la extralegal, un sueldo en los 15 primeros días de junio y 2



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sueldos antes del 15 de diciembre, a todos los trabajadores que hubieren laborado todo el semestre anterior y proporcionalmente al tiempo servido. El salario base para liquidar en forma global esta prestación es la asignación mensual del trabajador en el mes de mayo o en el mes de noviembre de cada año. ”

Sobre esta prestación, en la convención firmada en 1974 artículo 29 (fls. 161 y 162), se acordó:

“PRIMAS SEMESTRALES:

Adicionalmente a lo existente, las Empresas pagarán a todos los trabajadores por concepto de prima de servicios, veinte (20) días más del salario en la prima semestral de Junio, quedando en consecuencia así: dos meses de salario (básico, prima de antigüedad y sobrecargos nocturnos) en junio y dos meses de salario en diciembre. Dichos pagos se harán de acuerdo con las normas vigentes de las empresas para esta prestación social. Este punto tendrá vigencia a partir del 1º de septiembre de 1974”

*Así las cosas, se tiene que los trabajadores de empresa demandada, tienen derecho a unas primas semestrales extralegales **equivalentes un mes y medio de salario**, en tanto el valor a pagar corresponde a 2 meses cada semestre, los cuales incluyen la prima legal de servicios, que equivale a 15 días conforme al artículo 306 del CST.*

Nótese bien, que en la primera norma citada se pactó expresamente que la prima de servicios incluye la legal y la extralegal, lo cual se ve reafirmado en la segunda, en la cual, a más de agregar 20 días de salario, se aclaró que el total a pagar sería de 2 meses cada semestre.”

Sobre este aspecto, es preciso referir que, atendiendo la excepción de prescripción formulada por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, es palpable que la relación laboral finalizó el 30 de septiembre de 2020, presentándose la demanda el 2 de marzo del año 2021 como da cuenta el Acta individual de reparto (PD4 01 – ACTA DE REPARTO); circunstancia por la cual, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 y 489 de C.S.T., la prima semestral de carácter extralegal será reconocida por el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2018 y el 30 de septiembre de 2020 en consideración del término trienal de prescripción, siendo la siguiente condena:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

AÑO	SALARIO	DÍAS A TENER EN CUENTA EN EL AÑO	PRIMAS EXTRALEGALES DE JUNIO Y DICIEMBRE
2018	\$ 2.217.018	300	\$ 2.771.273
2019	\$ 2.350.039	360	\$ 3.525.059
2020	\$ 2.445.216	270	\$ 2.750.868
TOTAL A PAGAR			\$ 9.047.200

Las anteriores sumas deberán pagarse de manera indexada al momento del correspondiente pago.

Ahora bien, en lo que respecta a la prima extralegal de vacaciones, el artículo 10 de la Convención de 1984 reguló:

"PRIMA DE VACACIONES:

A partir de la firma de la presente Convención, la Prima de Vacaciones tendrá las siguientes Escalas:

- _ Para el primer periodo el 50% de la remuneración integral mensual.*
- _ Para el segundo periodo el 70% de la remuneración integral mensual.*
- _ Para el tercer periodo el 95% de la remuneración integral mensual.*
- _ Para el cuarto periodo el 115% de la remuneración integral mensual.*
- _ Del quinto al décimo periodo el 130% de la remuneración integral mensual.*
- _ Del décimo primero al décimo quinto periodo el 135% de la remuneración integral mensual.*
- _ Del decimosexto en adelante el 140% de la remuneración integral mensual.***

La Prima de Vacaciones se podrá compensar en tiempo hasta por un periodo de un año.

Así las cosas, la Convención suscrita en 1996 consagró:

"PRIMA DE VACACIONES:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A raíz de los cambios en la jurisprudencial laboral, respecto de los hechos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los trabajadores, beneficiados por la presente Convención Colectiva, que la prima de vacaciones constituye factor salarial.

Los montos dejados de liquidar y que afecten las cesantías y sus intereses correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 se cuantificarán y se pagarán. Para efecto de los pagos correspondientes, se concede el plazo a las empresas hasta el 30 de agosto 1996.

Las empresas podrán presentar, a los trabajadores beneficiados por la presente convención, una oferta individual en la cual le concedan una bonificación a cambio de que, a partir de la fecha de su aceptación, la prima de vacaciones no constituya factor salarial. A este efecto, se pacta expresamente entre las partes, que cuando el trabajador intuitivo persona acepta la oferta de las empresas, la prima de vacaciones, que es una prestación extralegal no constituye salario para ningún efecto.”

En tal sentido, al ser beneficiario el demandante de este emolumento como lo ha venido sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en atención a lo preceptuado en el artículo 10 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en 1984, y como quiera que la relación laboral del aquí demandante abarcó el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2004 y el 30 de septiembre de 2020, le es aplicable lo referente a “**Del decimosexto en adelante el 140% de la remuneración integral mensual**”, por lo que teniendo en cuenta el fenómeno prescriptivo trienal, procederá en proporción el pago de esta rubro convencional por el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2018 y el 30 de septiembre de 2020 de la siguiente forma:

PRIMAS EXTRALEGALES DE VACACIONES				
AÑO	SALARIO	DÍAS A TENER EN CUENTA EN EL AÑO	PORCENTAJE	VALOR A PAGAR VACACIONES EXTRALEGALES
2018	\$ 2.217.018	300	140%	\$ 2.586.521
2019	\$ 2.350.039	360	140%	\$ 3.290.055
2020	\$ 2.445.216	270	140%	\$ 2.852.752
TOTAL A PAGAR				\$ 8.729.328

Sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento del pago correspondiente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

h. De la constitución de factor salarial las primas de vacaciones de carácter extralegal frente a los conceptos de cesantías e intereses a las cesantías:

Advierte la Sala de entrada para este aspecto, que la situación de reliquidación frente a las cesantías e intereses a las mismas gozan de prosperidad, en tanto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4613-2019, Radicación No. 53842 del 29 de octubre de 2019, efectuó un análisis sobre esta situación, en la que analizó:

"En cuanto a las primas vacacionales «acordadas en las convenciones colectivas de trabajo», la cláusula 9^a de la CCT 1996-1997, establece que:

[...] A raíz de los cambios en la jurisprudencia laboral, respecto de los efectos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los trabajadores beneficiados por la presente Convención Colectiva, que la prima de vacaciones constituye factor salarial.

Los montos dejados de liquidar y que afecten la cesantía y sus intereses correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 se cuantificarán y se pagarán.

*[...]
(Subraya la Sala)*

De lo anterior es claro que entre las partes se pactó expresamente que tal beneficio convencional constituía factor salarial, por lo que la empleadora estaba en la obligación reconocer y pagar los montos correspondientes, así como a reliquidar la cesantía y sus intereses por verse afectados por ese concepto, en la medida en que no se incluyó en el salario base para su cálculo.

En consecuencia, se condenará a la Federación Nacional de Cafeteros a reconocer y pagar la prima de vacaciones correspondiente a los últimos tres años de servicios, en los términos establecidos en el artículo 9 convencional acabado de transcribir, en sujeción a la forma en la que se venía cancelando esta prestación convencional dentro de la empresa.

Teniendo en cuenta lo anterior, se condenará también a la demandada a reliquidar y cancelar la cesantía definitiva y sus intereses, conforme a los montos adeudados por concepto de primas vacaciones, en los términos descritos."



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Vale la pena advertir en esta oportunidad, que clara fue esta Sala de decisión en establecer que para efectos de reliquidación de estos emolumentos – *cesantías e intereses a las cesantías* -, debía realizarse sobre doceavas en atención según la égida interpretativa de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL5086-2019, Radicación No., Radicación 65271 del 6 de noviembre de 2019, SL10506-2016, Radicación No. 52795 del 27 de julio de 2016, SL288-2018, Radicación No. 47429 del 20 de febrero de 2018, entre otras, ello en atención de la decisión adoptada el 30 de septiembre de 2020 dentro del expediente 1100131050 19 2017 00826 01 donde se sostuvo:

"Ahora, con relación a la reliquidación de las cesantías e intereses a las cesantías, si bien es cierto la prima de vacaciones constituye factor salarial, también lo es, como lo afirma el recurrente, que dicho monto solo puede ser tenido en cuenta en su doceava parte, como quiera que la misma se percibe de manera anual. Al tema, valga precisar, aunque en providencia del 2 de abril de 2019, proferida dentro del radicado 28 2017 00460 01 esta Sala de decisión tuvo en cuenta el total de lo liquidado a favor del trabajador por concepto de prima extralegal de vacaciones a efectos de establecer la reliquidación de cesantías e intereses a favor del mismo, un mejor estudio del asunto permite adoptar la interpretación que aquí se expone, esto es, que solo debe ser tenida en cuenta la doceava parte de la prima de vacaciones por ser tal postura acorde a lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia en las que ha establecido de manera pacífica y reiterada que "aquellos emolumentos que hacen parte del salario y que se causen por año de servicio o proporcional a este -como es el caso de la Prima de Vacaciones-, solo deben tomarse en su doceava parte y no de manera integral".

Bajo las premisas anotadas por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, y partiendo del presupuesto que las disposiciones de la Convención Colectiva de Trabajo se entienden incorporadas al contrato de trabajo, es que debe darse primacía a aquella disposición del acuerdo convencional que le otorga el carácter salarial a la prima de vacaciones deprecada; no solo porque la misma reivindica el principio de favorabilidad consagrado en la Constitución Política y la ley laboral, sino también, porque tal interpretación resulta acorde con la voluntad de los contratantes que suscribieron la convención y con la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

finalidad de ésta, que no es otra que mejorar las condiciones de existencia de los trabajadores a través de concesiones económicas y sociales superiores a las que la misma ley consagra, por lo que no hay lugar a dejar de lado su aplicabilidad atendiendo situaciones de falta de constitución de factor salarial suscritas dentro del contrato de trabajo al tenor de lo reglado en el artículo 127 del C.S.T. como lo pretende hacer ver la demandada en su alzada.

Así las cosas, tal reliquidación sobre las cesantías e intereses a las cesantías, en atención de la excepción de prescripción formulada, deberá efectuarse por el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2018 y el 30 de septiembre de 2020 de la siguiente manera:

DOCEAVAS RELIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS SOBRE LA PRIMA DE VACACIONES EXTRALEGAL			
AÑO	MONTO PRIMA EXTRALEGAL PAGADA EN EL AÑO	RELIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS	
2018	\$ 2.586.521	\$ 215.543	
2019	\$ 3.290.055	\$ 274.171	
2020	\$ 2.852.752	\$ 237.729	
TOTAL A PAGAR			\$ 727.444

AÑO	MONTO PRIMA EXTRALEGAL PAGADA EN EL AÑO	DÍAS	INTERESES DE CESANTÍAS SOBRE EL MONTO DE LA PRIMA EXTRALEGAL DE VACACIONES	RELIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS
2018	\$ 2.586.521	300	\$ 258.652	\$ 21.554
2019	\$ 3.290.055	360	\$ 394.807	\$ 32.901
2020	\$ 2.852.752	270	\$ 256.748	\$ 21.396
TOTAL A PAGAR				\$ 75.851

Por último, en lo que concierne a la excepción de compensación formulada por la encartada, advierte la Sala que la misma no goza de prosperidad toda vez que al no prosperar el reintegro determinado por el fallador de instancia, claro es que lo pagado al demandante en la liquidación final de prestaciones sociales no suple los montos reconocidos en esta instancia, por lo que se declarará como no probada.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia habrá de revocarse y adicionarse parcialmente de conformidad con las razones hasta aquí anotadas. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral PRIMERO de la sentencia proferida el 27 de mayo de 2022 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar que el contrato de trabajo que unió al aquí demandante señor GEINNING CAMILO RAMÍREZ RODRÍGUEZ con la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA se extendió por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2004 y el 30 de septiembre de 2020, vínculo que fue en todo momento bajo la modalidad de contrato a término fijo, el cual finalizó con ocasión de la expiración del plazo pactado, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **REVOCAR** en su integridad el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DECOLOMBIA del reintegro perseguido por el señor GEINNING CAMILO RAMÍREZ RODRÍGUEZ, junto con el pago a título de indemnización de los salarios, prestaciones sociales legales y extralegales, aportes al sistema de seguridad social integral y demás derechos que le correspondían al actor entre la fecha de la finalización de la relación laboral, esto es, 30 de septiembre de 2020, y la fecha del reintegro, todo ello con ocasión de que el actor no es beneficiario de los preceptos regulados en el artículo 40 de la Convención pactada en el año 1974 según lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de indicar que la FEDERACIÓN NACIONAL DE



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CAFETEROS DE COLOMBIA le adeuda al señor GEINNING CAMILO RAMÍREZ RODRÍGUEZ por concepto de pimas extralegales de servicios y de vacaciones por el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2018 y el 30 de septiembre de 2020 las siguientes sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento del pago correspondiente:

- _ Primas semestrales de servicios \$9.047.200.
- _ Primas de vacaciones \$8.729.328.

Igualmente, por concepto de reliquidación de cesantías e intereses a las cesantías, teniendo como factor salarial lo correspondiente a la prima de vacaciones de carácter extralegal por el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2018 y el 30 de septiembre de 2020, las siguientes sumas de dinero:

- _ Reliquidación de cesantías sobre la prima de vacaciones extralegal \$727.444.
- _ Reliquidación de los intereses a las cesantías sobre la prima de vacaciones extralegal \$75.851.

CUARTO: REVOCAR en su integridad el numeral **SEXTO** de la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar no probada la excepción de compensación formulada por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA.

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

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya *Carlos Alberto Cortes Corredor*
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Ordinario Laboral **1100131050 20 2021 00378 01**
Demandante: MARTHA CECILIA ARTEAGA CALLEJAS y PABLO
 EMILIO ARTEAGA ORTÍZ
Demandados: MARIANO CAFEIRO TRIANA
 ALICIA BALLESTEROS VALENCIA

Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 7 de junio de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

MARTHA CECILIA ARTEAGA CALLEJAS y PABLO EMILIO ARTEAGA ORTÍZ promovieron demanda ordinaria laboral en contra de MARIANO CAFEIRO TRIANA y ALICIA BALLESTEROS VALENCIA, a fin que se declare que con los encartados existe un contrato de trabajo desde el 7 de agosto de 1998 hasta la actualidad, relación laboral que emana de la calificación al cargo de cuidadores que se efectuara por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá y el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en las sentencias proferidas dentro del proceso con radicación No. 110013103001 2019 00 282 00.

Asimismo, se declare que los demandados no los afiliaron por el tiempo de servicios al Sistema Integral de Seguridad Social, vinculación laboral que se mantiene vigente en la medida que la señora MARTHA CECILIA ARTEAGA CALLEJAS se encuentra cuidando el inmueble.

Con ocasión de lo anterior, se les condene a los demandados al reconocimiento y pago de horas extras y dominicales, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., aportes pensionales, perjuicios morales y materiales, intereses corrientes y moratorios, más la corrección monetaria.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicaron que con los demandados se constituyó un contrato de trabajo desde el 7 de agosto de 1998 el cual se encuentra vigente, como quiera que la demandante señora MARTHA CECILIA ARTEAGA CALLEJAS continúa cuidando el inmueble ubicado en la calle 77 A No. 99B – 63 – Manzana 17 – Casa 29 – Urbanización Villa de Madrigal de la Ciudad de Bogotá, propiedad que en su momento fue recibida por parte del señor LÁZARO CALLEJAS MOLINA.

Que el referido inmueble tenía un embargo y secuestro del 50% del derecho de cuota del señor MARIANO CAFEIRO TRIANA, conforme ejecutivo que cursó en el Juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá desde el 15 de agosto de 1990, embargo que se encuentra en la anotación 5 del Certificado de Tradición y Libertad del predio con matrícula inmobiliaria No. 50C-696536 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá – zona centro, medida que fue cancelada mediante oficio No. 3089 del 11 de julio de 2016 por el mismo Juzgado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Expusieron que la medida de embargo y secuestro duró hasta el 11 de julio de 2016 y a razón de embargo de remanentes pasó al Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá conforme al oficio No. 2130 del 16 de noviembre de 1990. Que el 50% del derecho de cuota de la demandada ALICIA BALLESTEROS VALENCIA también estuvo embargado más no secuestrado mediante proceso ejecutivo que se adelantó en el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, medida que fue cancelada el 11 de marzo de 2016 por el mismo Juzgado.

Sostuvieron que los demandados presentaron un proceso reivindicatorio en contra de ellos con la finalidad que les fuese restituido el inmueble en mención, proceso que se adelantó con radicación No. 11001310300120190028200, asunto en el que quedó consignado que ellos como demandantes fueron los cuidadores del predio.

Además, se puntualizó que la señora MARTHA CECILIA ARTEAGA CALLEJAS vivió en el inmueble con su esposo e hijos desde el 7 de agosto de 1998, siendo la cuidadora del mismo, vigilante y oficios varios conforme quedó consignado en las decisiones de primer y segundo grado del proceso reivindicatorio No. 11001310300120190028200, máxime si ella fue quien pagó los servicios del inmueble, impuestos y prediales, junto con las remodelaciones respectivas.

Por último, se refirió que la señora MARTHA CECILIA ARTEAGA cumplió u horario laboral dentro del inmueble, y al nunca aparecer los demandados en el inmueble, es precisamente por lo que se constituye el elemento subordinante.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Los demandados contestaron la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que con los demandantes nunca existió una relación laboral, bajo ninguna modalidad de contrato verbal o escrito, y mucho menos manifestando fechas que para ellos son desconocidas, máxime si se tiene en cuenta que no conocían a ninguno de los actores hasta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cuando el Juez ordenó la entrega del inmueble ubicado en la calle 77 A No. 99B – 63 – Manzana 17 – Casa 29 – Urbanización Villa de Madrigal de la Ciudad de Bogotá, de ahí que estos iniciaran un proceso de pertenencia sobre el mismo con la finalidad de ser poseedores, pero al no prosperarles dicha demanda ahora de manera errónea pretenden inducir en error a la autoridad judicial manifestando ser trabajadores de quien nunca los han contratado.

Formularon como medios exceptivos los denominados cobro de lo no debido, inexistencia de contrato laboral por falta de requisitos legales, temeridad y mala fe y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de junio de 2022 absolió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, el *a quo* manifestó en primer lugar que el contrato de trabajo se configura de acuerdo a la forma en que se acredice la prestación personal del servicio atendiendo el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, exponiendo a su vez la normativa que regula el contrato de trabajo, más exactamente los artículos 22 y 23 del C.S.T., junto con la presunción legal del mismo contemplada en el artículo 24 de esa disposición normativa.

Seguidamente, indicó que atendiendo el caudal probatorio allegado al plenario, los demandantes señores MARTHA CECILIA ARTEAGA CALLEJAS y PABLO EMILIO ARTEAGA ORTÍZ no lograron demostrar el elemento atinente a la prestación personal del servicio, como quiera que de la prueba testimonial practicada, no se da cuenta que los actores hubiesen desarrollado actividad alguna al servicio de los demandados, situación que se acompañó con la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

manifestación realizada por los accionados en los interrogatorios de parte practicados.

Adicionalmente, sostuvo que de las pruebas documentales tampoco se demostró la prestación personal del servicio, en la medida que lo único que se aportó por los demandantes fueron las sentencias de primera y segunda instancia que fuesen proferidas por la autoridad competente dentro de un proceso reivindicatorio que en nada demuestra la configuración del contrato de trabajo que aquí se pretende

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que debe tenerse en cuenta que la manifestación verificada por un Tribunal o Juez es válida dentro de un proceso como el presente.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal, si entre los demandantes MARTHA CECILIA ARTEAGA CALLEJAS y PABLO EMILIO ARTEAGA ORTÍZ y los demandados MARIANO CAFEIRO TRIANA y ALICIA BALLESTEROS VALENCIA existió un verdadero contrato de trabajo al tenor de la primacía de la realidad sobre las formalidades.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De prosperar lo anterior, deberá adentrarse a determinar las pretensiones de carácter condenatorio que se derivan de la configuración del vínculo laboral gozan de prosperidad.

c. Del caso en concreto:

Es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, SL2240-2022, Radicación No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL2186-2022, Radicación No. 89890 del 29 de junio de 2022, SL2189-2022, Radicación No. 90418 del 29 de junio de 2022, entre otras.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, descendiendo al caso sub *examine*, se aprecia que en el transcurrir del trámite procesal se surtió el interrogatorio de parte del demandante señor PABLO EMILIO ARTEAGA ORTÍZ, quien manifestó que conoce a los demandados MARIANO CAFEIRO TRIANA y ALICIA BALLESTEROS VALENCIA con ocasión a una demanda que ellos presentaron en su contra, argumentando además que los demandados lo contrataron laboralmente desde el momento en que él ingresó a la casa, pero sin que nunca se hubiese pactado algún salario. Expuso que en ningún momento los demandados ejercieron subordinación, entendida esta como algún desarrollo de actividades específicas dentro de la casa.

La demandante MARTHA CECILIA ARTEAGA CALLEJAS expuso en su interrogatorio de parte que los demandados MARIANO CAFEIRO TRIANA y ALICIA BALLESTEROS VALENCIA en ningún momento la requirieron para desempeñar algún contrato de índole laboral, como tampoco actividades a desarrollar o salario determinado.

El demandado MARIANO CAFEIRO TRIANA expuso en el interrogatorio de parte que conoce a la demandante porque la vio hace aproximadamente dos años cuando se llevó a cabo una audiencia, lo cual implicó que se profiriera sentencia en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá para la entrega del inmueble. Que él presentó una demanda en contra de los demandantes atinente a la restitución del inmueble, puesto que se solucionaron algunos problemas que tenía ese inmueble con diferentes juzgados, y cuando le fueron a entregar el mismo en el año 2019, estaba ocupado por los demandantes de forma indebida.

Que no le consta el motivo por el cual los demandantes residían en el inmueble, sin tener tampoco conocimiento la fecha exacta en que los demandantes empezaron a habitar el inmueble, ni mucho menos los considera como cuidadores del inmueble, resaltando que su familia fue compradora del inmueble desde el año 1990.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que nunca les aportó ninguna remuneración económica a los demandantes pues ni siquiera los conocía, precisando que el inmueble se encontraba por cuenta del Juzgado y de los correspondientes secuestros, de ahí que cuando se cancelaran todos los embargos fue por lo que el Juzgado procedió a hacer la entrega.

La demandada señora ALICIA BALLESTEROS VALENCIA indicó que conoce a la demandante MARTHA CECILIA ARTEAGA CALLEJAS desde el año 2019, porque asistió a la entrega del inmueble, así como que no conoce al señor PABLO EMILIO ARTEAGA ORTÍZ.

Que se inició un proceso sobre el bien inmueble, toda vez que la casa se encontraba embargada, por lo que cuando se lograron levantar todos los embargos en el año 2019 se acercó a su entrega, percatándose que el predio estaba habitado por personas que manifestaron ser los propietarios de la casa.

Refirió que el bien se encontraba embargado desde aproximadamente 20 años, sin que haya tenido relación laboral alguna con ninguna de las personas que la habitaban. No conoce quién invirtió dinero en el sostenimiento del inmueble, reiterando que nunca tuvo una relación laboral con los demandantes, ni mucho menos cancelarles acreencias de índole laboral.

La testigo DIANA PARTICIA LOZANO PÁEZ manifestó que conoce a los demandantes hace 30 años y son amigos, al igual que conoce a los demandados desde el año 1998. Expuso que tiene conocimiento que la casa objeto de reproche estuvo abandonada durante mucho tiempo, y cuando los demandantes llegaron a la vivienda empezaron nuevamente adecuarla con mejoras locativas. No tuvo conocimiento si en el inmueble donde vivían los demandantes se hubiese iniciado un proceso judicial y no le consta si la demandante hubiese llegado como cuidadora del inmueble.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La testigo ÁNGELA MARÍA NOVOA SERNA expuso que conoce a los demandantes pues son amigos desde el año 2005, sin que conozca a los demandados. Que los demandantes vivían en una casa que presume era de ellos y le consta que los demandados demandaron a los actores por la posesión del inmueble.

Del análisis de los anteriores medios de convicción, la Sala manifiesta de entrada la confirmación de la sentencia de primera instancia en lo que concierne a la absolución ante la carencia de la configuración de un contrato de trabajo, por cuanto el extremo accionante no logró demostrar si quiera la prestación personal del servicio.

Al respecto, nótese en primer lugar que los testimonios practicados, esto es, las señoritas DIANA PARTICIA LOZANO PÁEZ y ÁNGELA MARÍA NOVOA SERNA, además de indicar que conocían a los actores desde el año 1998 y 2005 respectivamente, manifestaron no tener conocimiento acerca de alguna relación laboral que existiese entre las partes; por el contrario, sus relatos se encaminaron a insistir de manera constante que los demandantes en todo momento aducían la calidad de poseedores o propietarios del inmueble.

Al unísono, debe advertirse que incluso los mismos demandantes PABLO EMILIA ARTEAGA ORTÍZ y MARTHA CECILIA ARTEAGA CALLEJAS confesaron en el interrogatorio de parte no recibir órdenes y que nunca recibieron contraprestación o pago alguno respecto de los demandados atinente a alguna acreencia laboral, ni mucho menos pacto alguno para desempeñar actividades al servicio de estos.

Bajo este escenario, la Sala puede colegir que dentro del asunto de marras no se configuró la prestación personal del servicio, pues por el simple hecho de que los demandantes hubiesen manifestado que permanecieron en el predio de los demandados desde el año 1998, tal tópico no puede interpretarse sobre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

un contexto laboral, en la medida que ni si quiera se ausulta en el plenario la existencia de un trato directo entre las partes.

Ahora bien, los demandantes adujeron en su alzada que debe tenerse en cuenta que dentro del proceso reivindicatorio que se adelantara sobre el inmueble con matrícula No. 50c-696536 ubicado en la calle 77 A No. 99 B 63, dirección catastral de esta Ciudad, la autoridad judicial emitió decisión en la que se les considero como cuidadores del predio, ese aspecto nada tiene que ver con la égida que se discute dentro del presente asunto, toda vez que si bien analizando dicho asunto el cual se decidió en segunda instancia por parte de la Sala Civil de este Tribunal en sentencia calendada el 18 de enero de 2021 dentro del proceso declarativo 2019-00282-01 (Fls. 21 a 40 - PDF 01 - PROCESO DIGITAL), el fin del mismo tan solo consistió en determinar la posesión y demás aspectos de carácter civil sobre el bien inmueble, connotaciones que en nada se asemejan a la existencia de una verdadera relación laboral en atención del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, máxime si como ya se expuso, los demandantes no lograron demostrar una prestación personal del servicio para la configuración de un contrato de trabajo.

Es así como la decisión de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad. **COSTAS** en esta instancia a cargo de los demandantes.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:



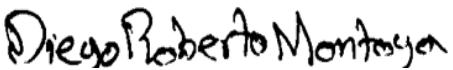
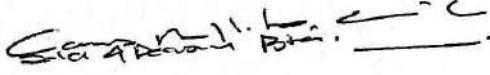
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes. Se fijan las agencias en derecho en valor de \$800.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

 
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral **1100131050 21 2019 00800 01**
Demandante: SONIA TERESA LEVY RAMIREZ
Demandados: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN
 S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y
 PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada ORIANA ESPITIA GARCÍA, identificada con cédula de ciudadanía 1.034.305.197 y T.P. 291.494 del C. S. de la Judicatura, en los términos y condiciones a ella conferido.

Asimismo, en representación de PORVENIR S.A. se reconoce personería a la abogada NEDY JOHANA DALLOS PICO, identificada con cédula de ciudadanía 1.019.135.990 y T.P. 373.640 del C. S. de la Judicatura, según el poder otorgado.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SONIA TERESA LEVY RAMIREZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó el 28 de mayo de 1994 a COLFONDOS S.A., por falta al deber de información; asimismo, se declare la ineficacia del traslado que realizó el 15 de diciembre de 2000 y el 9 de noviembre de 2005 a la administradora SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., el 17 de diciembre de 2004, el 6 de marzo de 2008 y 26 de mayo de 2014 al fondo de pensiones SKANDIA S.A.; y el 22 de febrero de 2012 a PORVENIR S.A.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se deje sin efectos la afiliación que llevó a cabo al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se ordene a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. traslade a COLPENSIONES la totalidad del ahorro, bonos, frutos e intereses que se encuentren en su cuenta individual; asimismo, se ordene a COLPENSIONES acepte el traslado, la afilie al régimen que administra y reciba los rubros anteriormente referidos al fondo privado. Finalmente, solicita se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, sostuvo que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida del 4 de agosto de 1988 hasta el 30 de mayo de 1994, alcanzando un total de 162.57 semanas. Igualmente, relató que la señora AIDA ESGUERRA en 1994, la cual era su conocida y laboraba para COLFONDOS, le indicó que lo mejor para su vejez era trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que el Instituto de los Seguros Sociales se iba a liquidar pues se encontraba en una grave crisis financiera, además, le dijo que su mesada pensional en ese régimen sería igual o mejor, pero nunca inferior a la que se obtendría en el RPMPD, y que se podía



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensionar anticipadamente, empero, no le mencionó que esa situación desmejoraría el valor de su mesada, así, creyendo en dichas afirmaciones, el 28 de mayo de 1994 se vinculó con dicha administradora de pensiones.

Seguidamente, adujo que el 15 de diciembre de 2000, suscribió formulario de afiliación con el fondo de pensiones SANTANDER; posteriormente, el 17 de diciembre de 2004 se trasladó a SKANDIA, el 9 de noviembre de 2005 retornó a SANTANDER con la promesa que el crédito hipotecario que había solicitado tendría una tasa de interés baja. Más adelante, el 6 de marzo de 2008 regresó a SKANDIA, aduciendo que ese fondo siempre le indicó que la rentabilidad en esa administradora sería mucho mejor que la que obtendría en los demás fondos, por ende, su mesada pensional sería más alta. También, expuso que se trasladó a HORIZONTE el 22 de febrero de 2012, ya que el asesor le señaló que podían comprar su crédito hipotecario con una tasa de intereses más baja que la que pagaba en ese momento; finalmente retornó a SKANDIA el 26 de mayo de 2014.

Refirió que durante su vinculación con los fondos de pensiones privados no recibió asesoría referente a las características de los dos regímenes pensionales, además nunca le informaron que se podía trasladar de régimen hasta antes de cumplir la edad de 47, y no recibió una asesoría personalizada en la que se le indicara que le convenía más para su futuro pensional.

De otro lado, relató que el 16 de julio de 2019 solicitó a COLPENSIONES la nulidad o ineficacia de la afiliación al fondo privado, pedimento que fue denegado por la entidad. Igualmente, manifestó que en esa misma calenda solicitó a SKANDIA una simulación pensional, la cual, en comunicación de 5 de agosto de 2019, le informó que su mesada pensional sería de aproximadamente \$3.046.000.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas pretensiones de la demanda, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó



en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Como excepciones, formuló 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, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica. (Fls. 289 a 314 archivo 01).

A su vez, la demandada SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que la afiliación de la gestora con esa administradora goza de plena validez ante la ley, pues se realizó acorde a los parámetros legales exigidos para la época de la afiliación. En consecuencia, el traslado de régimen no presenta ninguna irregularidad de la que se pueda predicar la ineficacia de traslado, ya que fue producto de la manifestación de un acto voluntario, el cual estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades, lo que se prueba con el formulario de afiliación.

Formuló como excepciones las que denominó prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la genérica. (Fls. 354 a 378 archivo 01).

Entre tanto, COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en el libelo introductorio, manifestando que la afiliación de la demandante al RAIS es válida y no se aportó prueba de que hubiese sido producto de un vicio del consentimiento o existiese alguno en el acto de traslado, que en el caso en concreto la actora no cumple con los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y que no le es posible trasladarse estando en la prohibición legal para ello.

Propuso como excepciones de mérito la 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, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (Fls. 536 a 576 archivo 01).

A su turno, COLFONDOS S.A. en su contestación se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, sosteniendo que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le indicaron las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, lo que se ve plasmado en el formulario de afiliación que suscribió.

Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (Fls. 607 a 620 archivo 01).

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oponiéndose a cada una de las pretensiones formuladas en su contra, arguyendo que la demandante no aporta elementos de prueba que permitan concluir que su voluntad de seleccionar régimen pensional se vio coartada en algún momento, tal como lo contempla el literal b) del artículo 13 y el 271 de la Ley 100 de 1993. Además, cumplió con el deber de información al momento en que se dio el traslado de régimen pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló como medios exceptivos los denominados 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. 790 a 812 archivo 01).

En otro giro, se observa que SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. efectuó llamamiento en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., aduciendo que en caso de ser condenado esa aseguradora deberá reembolsar los valores pagados por concepto de seguro previsional. (Fls. 450 a 455 archivo 01). El cual fue aceptado mediante auto de 1º de febrero de 2021, mimo proveído en el que se tuvo por contestada la demandada a las anteriores convocadas a juicio. (Fls. 705 a 709 archivo 01).

En esa medida, la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del libelo demandatorio, refiriendo que no intervino en la asesoría que generó el traslado de régimen pensional, toda vez que la obligación estaba a cargo exclusivo de la primera AFP que intervino en la vinculación de la actora al RAIS, por tanto, la aseguradora previsional es ajena a cualquier actuación relacionada con el traslado, dado que el objeto de la póliza fue amparar sumas adicionales para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, sin que en el clausulado se hubiese acordado o hubiese sido objeto del contrato, las pensiones de vejez, así como las incidencias que ellas generaran.

Como excepciones frente a la demanda propuso las que nombró como; inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada, prescripción y la innominada o genérica. (Fls. 997 a 1011 archivo 01).

En cuanto a las pretensiones del llamamiento en garantía, se opuso a las mismas, aduciendo que para la fecha en que la actora se trasladó a SKANDIA por primera vez, su afiliación ya venía viciada, por ende, no puede pretender que esa aseguradora devuelva las primas de manera acomodada, solicitando el reintegro de las pagadas bajo cobertura, pues a todas luces genera una mala fe, sobre todo porque para el momento en que la actora se vinculó con SKANDIA, era desconocedora de esta situación, la cual solo conoce a raíz del presente litigio.



Como excepciones de mérito formuló las de improcedente del llamamiento en garantía, inexistencia de consecuencias al asegurador, frente al deber de información, improcedencia de devolución de primas por ser plenamente valido el contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes documentado, bajo las pólizas 9201407000002, 9201411000000 y 9201411900149 con vigencia entre el 1º de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2018 y la de inexistencia de obligación legal que impusiera a la aseguradora previsional el asesoramiento en el traslado de régimen pensional. (Fls. 1005 a 1011 archivo 01).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 9 de septiembre de 2022, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora SONIA TERESA LEVY RAMÍREZ al régimen de ahorro individual el 28 de mayo de 1994, con fecha de efectividad a partir del 1º de junio de la misma anualidad por intermedio de COLFONDOS S.A., quedando afectado por la ineficacia también los diferentes traslados realizados a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la 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 de la señora SONIA TERESA LEVY RAMÍREZ. Para ello se concede el término de un (1) 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 COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la señora SONIA TERESA LEVY RAMÍREZ por concepto de garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

descontado por concepto 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 de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR como no probadas las excepciones propuestas por COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A., PORVENIR S.A., COLPENSIONES y el llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. frente a la demanda principal.

SEXTO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A relacionadas en la parte motiva frente al llamamiento en garantía.

SÉPTIMO: ABSOLVER al llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

OCTAVO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP COLFONDOS S.A y a favor de la demandante. Liquídense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas frente a PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOVENO: COSTAS a cargo de SKANDIA S.A. y a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en virtud del llamamiento en garantía efectuado. Liquídense por Secretaría, como agencias en derecho la suma de \$700.000.”

Para arribar a dicha conclusión, indicó la *a-quo* en primer lugar que el caso que convoca debe abarcarse bajo la figura de la ineficacia y no en el de las nulidades sustanciales, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues esta corporación ha dictado que la ineficacia es la respuesta frente a la eventual falta de información en la que incurren las AFP.

Seguidamente, destacó que la actora se trasladó al Régimen de Ahorro individual a través de COLFONDOS, y de allí realizó diferentes traslados horizontales, encontrándose afiliada actualmente a SKANDIA. De otro lado, expuso que el artículo 13 de la ley 100 de 1993 literales b) y e) establecen que la afiliación a un régimen pensional será válida siempre y cuando esta sea libre y voluntaria, siendo este último aspecto con la particularidad de que se conozcan las consecuencias de la decisión del traslado y que aquellas no se encuentran conocidas por la simple expresión genérica de los formatos de afiliación, todo esto sostenido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así como la evolución del deber de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

información y el deber de acatarlo por la AFP desde su creación teniendo como norma rectora el artículo 67 del decreto 663 de 1993, de modo que cuando se alega que no se recibió tal información, ello conlleva a la carga de la prueba quede en cabeza del fondo de pensiones privado.

Por ello, puntualizó que, si bien al momento del traslado a COLFONDOS S.A., la actora dijo que fue por ayudarle a su excompañera, lo cierto era, que no se podía evidenciar que el fondo haya suministrado una debida información para el año 1994 cuando se trasladó, pues si bien aceptó haber conocido unas características del RAIS, como el tema de los aportes voluntarios, ello no acredita un debido cumplimiento del deber de información, ya que no conocía las ventajas, desventajas y diferencias entre ambos regímenes pensionales. Asimismo, expresó que la firma del formulario y las expresiones de aceptación de vinculación libre y voluntaria en el mismo no acreditan que se hubiese cumplido con el deber de información, sino a lo sumo que fue una decisión libre y sin presiones, más no informada, deber de información que no se subsana con los diferentes traslados horizontales que se realicen.

Por todo lo anterior, la Juez de instancia determinó que este deber no había sido cumplido por COLFONDOS S.A., por lo que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional a través de ese fondo, al igual que el traslado a las demás administradoras del RAIS, además ordenó a SKANDIA devolver a COLPENSIONES las sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, junto con sus rendimientos y los dineros destinados a cubrir la garantía de pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional debidamente indexados, rubros estos últimos que también deben retornar los demás fondos privados que fueron convocados a juicio.

De otro lado, declaró no probada la excepción de prescripción, absolió a la llamada en garantía, y condenó en costas a COLFONDOS y a SKANDIA frente a la llamada en garantía.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inconforme con la decisión, la demandada SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., interpuso recurso de apelación para que se revoque parcialmente el numeral segundo de la sentencia de instancia, en lo atinente a la devolución de los gastos de administración y las primas de seguro previsional debidamente indexados, pues tales descuentos están permitidos por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 36 del Decreto 692 de 1994, los cuales establecen que el 3% de la cotización en ambos regímenes se destine a cubrir los gastos de administración y el pago de la prima para los seguros de invalidez y sobrevivientes, por ende, hacen parte de una serie de obligaciones que deben cumplir las administradoras de pensiones.

Bajo este escenario, es importante hacer un estudio de ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas, la confianza legítima y la buena fe que ostenta ese fondo, aunado a que tampoco debe asumir las primas del seguro de invalidez y sobrevivencia, ya que la demandante goza de tal cobertura a razón de su vinculación a ese fondo de pensiones, por lo que ese porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los respectivos riesgos y en consecuencia no se encuentran en poder. De otro lado, manifiesta su inconformidad frente a la condena del pago indexado de las sumas a devolver, ya que garantiza una rentabilidad mínima a las cuentas de ahorro de sus afiliados, de modo que, resulta incompatible ordenar indexación de los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual, pues no se han visto afectados por la inflación y por el contrario, siempre han generado rendimientos.

A su vez, la demandada PORVENIR S.A. en su alzada solicita se revoque la sentencia de primer grado, ya que el precedente jurisprudencial ha indicado que no se puede aplicar de manera homogénea e indiscriminada a todos los asuntos donde se reclame la nulidad o la ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, advirtiendo que la demandante realizó su traslado de régimen por medio de COLFONDOS en el año 1994, cumpliendo con el deber de información que le correspondía en su momento, lo cual se puede colegir del interrogatorio de parte que rindió la gestora, en el que expuso que los fondos de pensiones le brindaron suficiente información sobre las comisiones, característica, efectos y accesos a los regímenes pensionales.



Además, todo consumidor financiero tiene el deber de informarse sobre las condiciones de los regímenes pensionales y sus características. En cuanto a las condenas por restitución de los gastos de administración y seguros provisionales de manera indexada, expuso que tales rubros no están llamados a financiar la pensión de la actora, *a contrario sensu* corresponde a una erogación que le impone la ley, además el traslado horizontal a ese fondo se materializó a través de HORIZONTE en 2012, por lo que en razón a la fusión solo puede ser acreedora al momento de las obligaciones que materializaron al momento de la fusión el 31 de diciembre de 2013. En cuanto a la condena por indexación, dijo que se trata de una doble condena a ese fondo.

Entre tanto, COLPENSIONES en su disenso refirió que no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, toda vez que, pese a que la demandante argumentó que no conocía las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, del interrogatorio de parte se puede concluir lo contrario, dado que sabía que tendría una cuenta individual de ahorros, y además no auscultó si en efecto el ISS se iba a acabar y como sería su futuro pensional.

Igualmente, dijo que no se le prometió una mesada pensional superior en el RAIS, sin que obre prueba que dé cuenta de la existencia de una proyección, de la misma forma, señaló que realizó aportes a pensiones voluntarias, lo que en efecto permite deducir que la gestora conocía las características de dicho régimen, por lo que no se pueden desconocer los requisitos de validez del acto jurídico solo porque le es favorable una mesada pensional en el régimen administra, igualmente la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, y lo argumentado en la sentencia SU 0062 de 2010.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineffectiveness of the transfer, pointing out that *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineffectiveness of the transfer to a pension fund due to non-compliance with the duty of information. In fact, the*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 28 de mayo de 1994, con COLFONDOS S.A. (Fl. 718 archivo 01), efectiva a partir del 1º de junio de esa misma anualidad como se aprecia de la captura de pantalla del certificado SIAFP (folio 369 archivo 01), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la actora en la declaración que rindió, señaló que la señora AIDA ESGUERRA la cual era recepcionista en la misma compañía en la que ella laboraba, renunció y se fue a trabajar a COLFONDOS, por lo que pidió permiso para llevar a cabo una reunión en la empresa a la cual asistió, una vez allí su excompañera entregó los formularios de afiliación y a su vez, les recordaba que su furto dependía de la afiliación, además se les dijo que el ISS se acabaría y que sus aportes estaban en riesgo, que el fondo les haría llegar información sobre el traslado y que su pensión sería igual o mejor que en el fondo público, sin indicar más información, reunión que no se prolongó por espacio de 20 a 30 minutos, igualmente, relató que se enteró de que podía hacer aportes voluntarios cuando se trasladó a SKANDIA, entidad que le dijo que le serviría para descuentos en la retención en la fuente.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, pues si bien dijo que suscribió el formulario de afiliación voluntariamente, no se desprende que fuera debidamente informada; luego, al ser el formulario de afiliación la única



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prueba relevante que advierta una información de COLFONDOS S.A. al momento del traslado de la demandante según lo ha adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, luce evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual, por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

		conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *"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"*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLFONDOS S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto objeto de inconformidad de las demandadas SKANDIA y PORVENIR en su disenso, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado."

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:



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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan prósperos los argumentos esbozados por las administradoras SKANDIA y PORVENIR en su alzada.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

"Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineeficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineeficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineeficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineeficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineeficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).”

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, es evidente que los gastos de administración deban indexarse, más aún cuando tal aspecto en manera alguna se compensa por los rendimientos, como lo señala la AFP. Así las cosas, la sentencia será confirmada.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya *Carlo Alberto Cortes Corredor*
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral **1100131050 23 2019 00696 03**
Demandante: **SAÚL ALONSO PÉREZ MENDOZA**
Demandado: **ALMACENES MÁXIMO S.A.S.**
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 4 de mayo de 2022 en contra de la sentencia proferida el 18 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor SAÚL ALONSO PÉREZ MENDOZA promovió demanda ordinaria laboral en contra de ALMACENES MÁXIMO S.A.S., a fin que se declare que con la encartada existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 2 de febrero de 1998 y el 1º de marzo de 2018, el cual finalizó con ocasión al despido injusto promovido por la encartada.

Por consiguiente, pretende se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la sanción dispuesta en el artículo 64 del C.S.T., indemnización



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

moratoria de la misma disposición normativa y el pago de perjuicios morales y materiales.

De manera subsidiaria, pretende que se declare que su despido fue ineficaz a razón de constituirse un despido colectivo y, por consiguiente, ALMACENES MÁXIMO S.A.S. debe reintegrarla sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el 16 de mayo de 2017 la demandada instituyó un Reglamento Interno de Trabajo suscrito por su Representante Legal de nombre ELÍAS MEJÍA BOTERO, el cual no fue aplicado al momento de su despido, último que se produjo de manera colectiva y sin justa causa.

Que el 4 de mayo de 1998 fue contratado bajo la modalidad de término indefinido, ello con la finalidad de desempeñar el cargo de Supervisor de Bodega, cuya asignación salarial básica mensual ascendió a la suma de \$1.345.060, exponiendo a su vez que el 3 de marzo de 2018 efectuó despido sin justa causa y liquidación de sus prestaciones sociales argumentando un mutuo acuerdo para el finiquito.

Refirió que la demandada cuenta con aproximadamente 1000 trabajadores de planta administrativa y sucursales en Colombia, argumentando a su vez que el 3 de marzo de 2018 un grupo de 100 trabajadores fueron reunidos por la pasiva en una oficina ubicada en Zona Franca de la Ciudad de Bogotá, a quienes se les fue despidiendo en los últimos 6 meses.

Que en lo que atañe a su caso en particular, el 1º de marzo de 2018 se le coaccionó con la finalidad que suscribiera una transacción, bajo el entendido



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que si suscribía la misma se le pagaría adicionalmente un 20% sobre sus acreencias laborales como retribución.

Expuso que el 20 de febrero de 2019 se pidió información ante el Ministerio de Trabajo si la encartada había solicitado permiso o autorización para el despido colectivo.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada ALMACENES MÁXIMO S.A.S. contestó la demanda manifestando que no desconoce la existencia de un contrato de trabajo con el demandante por el periodo comprendido entre el 2 de febrero de 1998 y el 1º de marzo de 2018, donde el actor desempeño como último cargo el de Supervisor de Bodega con un salario mensual de \$1.345.060, vínculo que finalizó por mutuo consentimiento en los términos del artículo 61, numeral 1º del literal a) del C.S.T.

Asimismo, precisó que el 1º de marzo de 2018 suscribió con el demandante un contrato de transacción en virtud del cual, de manera extraprocesal, se decidió llegar un acuerdo frente a cualquier eventual reclamación surgida directa o indirectamente en el contrato de trabajo, estableciéndose allí una suma transaccional de \$24.370.371, la que por demás hizo tránsito a cosa juzgada, así como que a la finalización del contrato de trabajo le fueron canceladas la totalidad de sus acreencias laborales.

Formuló como medios exceptivos los denominados cosa juzgada, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, compensación, prescripción, buena fe y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 18 de mayo de 2022 declaró probada la excepción de cosa juzgada en atención al acuerdo transaccional que suscribiera el demandante señor SAÚL ALONSO PÉREZ MENDOZA con la demandada ALMACENES MÁXIMO S.A.S., por lo que absolvio a esta última de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, el fallador de instancia indicó en primer lugar que las partes suscribieron un contrato de transacción, por lo que decidieron llegar a un acuerdo frente a cualquier reclamación surgida directa o indirectamente del contrato de trabajo.

Consideró que el contrato de transacción es una de las formas de definir y terminar extraprocesalmente las controversias relacionadas con los derechos y obligaciones derivadas de las relaciones entre particulares, incluso de una relación laboral como lo ocurrido en la transacción que suscribieran las partes de esta litis, talante que se acompasa con lo consagrado en los artículos 2469 del Código Civil y 15 del C.S.T.

Que por tal razón, teniendo en cuenta la transacción suscrita por las partes el 1º de marzo de 2018, el objetivo de las partes fue terminar o tranzar las diferencias que pudieran surgir en relación con el desarrollo y terminación del contrato de trabajo que las había vinculado y cualquier otra diferencia directa o indirectamente relacionada con algún derecho derivado de la relación del trabajo, así como que se acordó que se resolvería cualquier reclamación pendiente o futura por la relación laboral que los unió con la cancelación al actor de la suma de \$24.370.000, junto con el pago de las acreencias que le correspondía.

Así las cosas, consideró que el acuerdo entre las partes versó sobre una situación similar a la aquí planteada, dado que en el presente asunto se pretende de forma principal se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, perjuicios morales y materiales y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., y de forma subsidiaria se declare que el despido colectivo realizado por la demandada es ineficaz, ordenándosele a la encartada reincorporarlo al cargo que venía desempeñando; circunstancia por la cual, se encuentran acreditados los presupuestos consagrados en el artículo 303 del C.G.P., en la medida que existe identidad de partes entre el contrato de transacción y el presente proceso, versan sobre la misma causa que corresponde a la existencia del contrato de trabajo entre las partes y se configura un mismo objeto dado que el contrato de transacción tenía por finalidad prever reclamos posteriores que pudieran presentarse en razón del desarrollo y la terminación de la relación laboral, máxime que se acordó que la relación laboral finalizaba por mutuo acuerdo.

De otra parte, indicó que en el presente proceso también se pretende que se reconozca que el despido fue sin justa causa y de forma subsidiaria que el despido resulta ineficaz dado que fue un despido colectivo sin el respectivo permiso expedido por el Ministerio del Trabajo.

Por tal razón, no podría entrarse a analizar si el demandante tiene derecho a que se reconozca el pago de la indemnización por despido sin justa causa o que se disponga su reintegro al cargo por existir un despido colectivo dentro de la empresa, toda vez que las partes ya habían realizado un acuerdo concerniente a la forma de finalización del contrato de trabajo, de ahí que opere la cosa juzgada que incluso puede declararse de manera oficiosa, pues de ninguna manera el Juez del Trabajo puede adentrarse a resolver un asunto que previamente fue acordado por las mismas partes, asentando además que aunque en el presente proceso no se solicitó la nulidad o ineficacia del contrato de trabajo, se anuncia en los hechos de la demanda que al demandante se le coaccionó a efectos de suscribir el acuerdo transaccional, lo cierto es que en el asunto de marras no se acredita que hubiese sido obligado por la empleadora, como tampoco que ejerciera actos que condujeran al error o constitutivos de fuerza o presiones indebidas sobre el trabajador en los términos consagrados en el artículo 1508 y sub siguientes del Código Civil.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ello por cuanto resulta claro que el actor conoció los términos del acuerdo transaccional, lo aceptó y suscribió, recibiendo a cambio el pago de una suma transaccional, sin que demostrara que su consentimiento estuvo viciado por error, fuerza o dolo ya que de las pruebas nada se establece sobre tal tópico, más aún si la suma de dinero entregada con ocasión de la transacción no afectó derechos mínimos e indiscutibles; por el contrario, fue una suma superior a la que podría recibir con ocasión del despido sin justa causa, aspectos todos por los que declaró probado el medio exceptivo de cosa juzgada.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Sostuvo en su alzada que la transacción suscrita con la demandada está precedida de un vicio del consentimiento.

Inició su argumento manifestando que el despido perseguido el *petitum* no era procedente, como tampoco lo concerniente al despido colectivo que también estuvo enmarcado en la demanda, por lo que enfatizó su apelación en el vicio del consentimiento dentro del contrato de transacción bajo el entendido que el *a quo* revisó la situación y la validez del mismo a pesar de que tal precepto no fue pretendido en la demanda.

En tal sentido, adujo que de conformidad con lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3209-2020, debe tenerse el principio de *iura novit curia*, como quiera que el fallador de instancia dio por válida la falta de evidencia dentro del contrato de transacción para que se hubiese constituido una coacción en su suscripción o algún vicio del consentimiento por parte de la empresa, pero sin que se le hubiese dado acreditación a la prueba testimonial practicada en el transcurrir del trámite procesal, aunado a que si bien el documento se encuentra redactado en legal orden ese aspecto no es óbice para que no se configuraran los vicios, como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

tampoco que del interrogatorio de parte surtido por el propio demandante se extrae que la transacción se ajustó a derecho.

Que bajo esa égida, debe aterrizarse el contexto de análisis del acuerdo transaccional a la reunión que se citó por parte de la demandada de manera intempestiva que conllevó a la suscripción del documento, puesto que se surtió de un día para otro, situación que también ocurrió con 80 trabajadores más, lo que evidencia que existió un plan previo por la demandada para efectivizar la transacción, sin la autonomía que necesita el trabajador para celebrar el acuerdo transaccional – *forma o modus operandi de la firma del trabajador* -.

Que por tal razón, a la luz de la ley civil el error, la fuerza y el dolo deben ser ponderadas en el caso de marras, máxime si lo pactado en la cláusula cuarta de la transacción contiene todas las acreencias laborales que no deben ser objeto de transacción.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución del presente asunto la Sala en primer lugar se adentrará a determinar si el acuerdo transaccional que culminó la relación laboral entre el aquí demandante señor SAÚL ALFONSO PÉREZ MENDOZA y la demandada ALMACENES MÁXIMO S.A.S conllevan a la configuración del medio exceptivo de cosa juzgada como así lo dispuso el operador de instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En segundo lugar, deberá auscultarse si el referido acuerdo transaccional sufrió los vicios del consentimiento respecto del demandante cuando suscribió el mismo.

c. Del caso en concreto:

Previo a analizar los problemas jurídicos anteriormente referidos, sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que entre el aquí demandante señor SAÚL ALFONSO PÉREZ MENDOZA y la demandada ALMACENES MÁXIMO S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 2 de febrero de 1998 y el 1º de marzo de 2018, a través del cual el demandante desempeñó como último cargo el de Supervisor de Bodega, relación laboral que finalizó con ocasión de un acuerdo transaccional que las partes celebraran el día 1º de marzo de 2018, prueba de todo ello es el mismo contrato de transacción, un contrato de trabajo suscrito el 30 de agosto de 2003, otrosí a dicho contrato pactado el 1º de enero de 2009, así como la liquidación final de prestaciones sociales (Fls. 42, 43 a 45, 47, 160 a 166, 167 a 169, 184 a 186 y 187 (PDF – EXPEDIENTE DIGITAL).

d. De la excepción de cosa juzgada:

Sea lo primero indicar que, para desatar la controversia, es necesario acudir a lo establecido en el artículo 303 del C.G.P, norma aplicable al presente caso por remisión normativa del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., consagrando el fenómeno jurídico de cosa juzgada en los siguientes términos:

"La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

"Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos".

Esta institución garantiza la seguridad jurídica, pues impide la toma de decisiones contradictorias en un mismo asunto, cerrando la posibilidad de que sean sometidas a un nuevo debate judicial.

En tal sentido y atendiendo la institución de cosa juzgada planteada, la Sala recalca que la misma gira en torno al acuerdo transaccional que suscribieran las partes el 1º de marzo de 2018 para poner fin al contrasto de trabajo.

Al respecto, es preciso indicar que el artículo 2469 del Código Civil estatuye la regulación normativa del contrato de transacción así:

"La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual."

"No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa."

A su vez, el artículo 15 del C.S.T. regula que en tratándose de asuntos de orden laboral, la transacción es válida siempre que no repercuta sobre derechos mínimos del trabajador, como así se expone:

"ARTICULO 15. VALIDEZ DE LA TRANSACCION. *Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles."*

De otra parte, frente a la excepción de cosa juzgada dentro de los acuerdos de transacción, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de la sentencia SL1199-2021, Radicación No. 82960 del 26 de abril de 2021, analizó el medio exceptivo en lo que atañe a un acuerdo transaccional, previa referencia de la sentencia con Radicación No. 34929 del 12 de noviembre de 2008:



“Es importante precisar que la providencia que declara la cosa juzgada al resolver excepciones previas tiene efectos de inmutabilidad e igualmente pone fin total o parcialmente al litigio. De esta manera, a menos que se acreditará la violación de derechos mínimos e irrenunciables, a la segunda instancia le estaba vedado emitir un nuevo pronunciamiento sobre las pretensiones formuladas de manera principal. Acerca de la definitividad de las decisiones judiciales esta corporación en las sentencias CSJ SL, 12 nov. 2008, rad. 34.929, CSJ SL, 3 mar. 2009, rad. 35.829, reiteradas en la CSJ SL. 2 may 2012, rad 53375, recordó que:

[...] la razón de ser de la cosa juzgada está en la necesidad de ponerle fin a los conflictos, impedir su sucesivo replanteamiento por la parte desfavorecida y evitar así la incertidumbre en la vida jurídica. Ella tiene una función o eficacia negativa, como es la prohibición a los jueces para decidir sobre lo ya resuelto, esto es la inmutabilidad, y una función o eficacia positiva, como es la seguridad o definitividad que les otorga a las relaciones jurídicas sobre las que versa la decisión; no siendo entonces un efecto de la sentencia, sino la voluntad del Estado manifestada en la ley que la regula.

“Todo proceso desde su inició está llamado a terminar, pues sobre las partes no puede mantenerse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto, y en consecuencia hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia en firme y por ende a la autoridad de la cosa juzgada, institución de derecho público y de orden público, como también lo son la acción, el derecho de contradicción y la jurisdicción, de los cuales es su resultado, que prohíbe resolver un mismo conflicto más de una vez y le impone al juez el deber de someterse a la presunción de certeza y legalidad de la primera sentencia.”

Igualmente, en decisión AL1359-2022, Radiación No. 78052 del 16 de marzo de 2022, la Corte efectuó análisis sobre los aspectos a tener en cuenta para entender celebrados en legal ámbito los acuerdos transaccionales, así lo sostuvo:

“Se hace imperativo señalar que a partir de la providencia CSJ AL1761-2020, la Corte retomó la doctrina según la cual es procedente la aprobación de transacciones en sede de casación siempre que reúnan los requisitos legales previstos para ello. Al respecto, en dicha decisión la Corporación puntualizó:

[...] ante una nueva revisión del asunto, la Sala considera oportuno replantear lo que hasta la fecha fue su criterio mayoritario y arribar a un entendimiento distinto de los artículos 15 del Código Sustantivo del Trabajo y 312 del Código General del Proceso, en el sentido de considerar



que es procedente la aceptación de la transacción, en aquellos casos en que se reúnan los presupuestos legales previstos para ello (...).

"En fundamento de ello, debe anotarse que, si bien la Sala de Casación Laboral como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria tiene a su cargo la función de unificación de la jurisprudencia a través del conocimiento de los recursos de revisión y casación, lo cierto es que la transacción no es un mecanismo procesal incompatible o contrapuesto a estas facultades de autoridad de cierre, ni a la etapa extraordinaria de casación del juicio laboral.

"En esa dirección, si bien la transacción no está regulada de forma expresa en el Código Procesal del Trabajo, lo cierto es que esta, al igual que otras tantas figuras no establecidas en aquel estatuto, es plenamente aplicable a los asuntos laborales en virtud de la remisión a las normas generales del proceso que autoriza el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; y aunque su solicitud de aprobación se dé en el curso del trámite de casación, no significa que sea extemporánea o ajena al juicio laboral, dado que en esta etapa el proceso aún sigue en curso y la decisión de instancia recurrida no ha cobrado firmeza.

"De ahí que la facultad de las partes para terminar de manera temprana y concertada el litigio a través de esta figura, no se enerva por su falta de previsión en el artículo 1[5] del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social o por su solicitud en sede de casación, pues el artículo 312 del Código General del Proceso señala que se puede presentar en cualquier estado del proceso e incluso respecto de «las diferencias que surjan con ocasión al cumplimiento de la sentencia».

"Aunado a ello, la Sala estima que darle viabilidad a la aplicación de la transacción permite la materialización de otros principios procesales y constitucionales que también irradian el juicio laboral, como son los de economía procesal, lealtad procesal y buena fe de las partes en controversia; y no compromete el criterio de la Corte para resolver futuras controversias, toda vez que su labor se ciñe a verificar la incertidumbre «real y efectiva» sobre los derechos transados por las partes y luego de ello, a impartir aprobación a lo convenido por estas, sin entrar a estudiar el asunto de fondo pues no le incumbe declarar o desestimar el derecho en discusión a partir de la verificación de lo fallado por el juez de segunda instancia, como sí le correspondería en su labor de tribunal de casación.

"Por ello, antes que proscribir la procedencia de la figura en sede de casación laboral, es pertinente avalar su aplicación, precedida claro está, de una rigurosa y cuidadosa verificación que será la que garantice la observancia de los principios de irrenunciabilidad e indisponibilidad de los derechos mínimos de los trabajadores, tal y como lo prevé el artículo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

14 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 53 de la Carta Política, y en virtud del carácter público de las normas del trabajo y su propósito principal de dar equilibrio social a las relaciones patrono laborales - artículo 1.º del Código Sustantivo del Trabajo-.

“En ese contexto, la Sala considera necesario destacar que existen unos presupuestos cuyo cumplimiento es indispensable para que proceda la aprobación de la transacción, esto es, que: (i) exista entre las partes un derecho litigioso eventual o pendiente de resolver; (ii) el objeto a negociar no tenga el carácter de un derecho cierto e indiscutible; (iii) el acto jurídico sea producto de la voluntad libre de las partes, es decir, exenta de cualquier vicio del consentimiento, y (iv) lo acordado genere concesiones recíprocas y mutuas para las partes (CSJ AL607-2017), o no sea abusiva o lesiva de los derechos del trabajador.

Bajo estos entendimientos, se aprecia que lo acordado por las partes en el contrato de transacción del 1º de marzo de 2018 versó sobre:

“PRIMERO: EL EMPLEADO, firmó un contrato de trabajo a término indefinido con el **EMPLEADOR** a partir del dos (2) de febrero de 1998, para desempeñar el cargo **SUPERVISOR (A) BODEGA**, siendo su última asignación mensual un salario de **UN MILLÓN TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SESENTA PESOS (\$1.345.060) M/CTE.**

“SEGUNDO: LAS PARTES, han decidido de mutuo acuerdo dar por terminado el contrato de trabajo antes referido, a partir del DOS (02) DE MARZO de 2018, siendo por lo tanto su último día de vinculación con la empresa, el **PRIMERO (01) DE MARZO DE 2018**, fecha hasta la cual se liquidarán sus salarios y acreencias laborales. Este acuerdo privado tiene como fundamento lo establecido en el artículo 5, literal b de la ley 50 de 1990.

“TERCERO: LAS PARTES de común acuerdo manifiestan su intención de celebrar la presente transacción, cuyo contenido y alcance se determina en las siguientes:

CLÁUSULAS:

“PRIMERA: EL EMPLEADO, mediante el presente documento manifiesta expresamente que acepta de manera libre y espontánea el acuerdo aquí consignado.

“SEGUNDA: El objeto de esta transacción es dar por terminadas o transadas las diferencias que pudieren surgir entre LAS PARTES en relación con el desarrollo y terminación del contrato de trabajo que las ha vinculado y cualquier otra diferencia directa o indirectamente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

relacionada con cualquier derecho del **EMPLEADO** derivado de la relación laboral.

"TERCERA: Todo lo anterior es aceptado en forma expresa por **EL EMPLEADO**, señor **SAUL ALFONSO PEREZ MENDOZA**, por lo cual renuncia y desiste en beneficio de **ALMACENEZ AXIMO S.A.S.**, a:

e. Presentar cualquier reclamo originado o derivado de los hechos contemplados en las consideraciones del presente contrato o en la relación laboral que vincula a las partes; de la responsabilidad extracontractual del **EMPLEADOR** y de cualquier otra controversia que se haya suscitado entre **LAS PARTES** o en relación con cualquier conflicto ventilado o por ventilarse ante autoridades Administrativas o Judiciales.

f. Al ejercicio ante la justicia ordinaria o ante cualquier tribunal de arbitramento, de cualquier acción judicial o extrajudicial, derivada de los hechos contemplados en las consideraciones del presente contrato, de la relación laboral que existió entre las partes y de cualquier otra controversia que se haya suscitado o pudiere suscitarse entre las mismas.

g. A todos y cualesquiera derechos consagrados a su favor, sea cual fuere la naturaleza de los mismos, que se originen o deriven de los hechos contemplados en las consideraciones del presente contrato.

h. Sin perjuicio de lo dispuesto en el literal anterior, **EL EMPLEADO** renuncia expresamente ante cualquier reclamación, acción judicial o extrajudicial, facultad de iniciar, promover, impulsar, continuar, cualquier clase de procesos, juicios, pleitos, demandas, y cualesquiera derechos consagrados a su favor, incluyendo, pero sin limitarse:

i. A exigir el pago de bonificaciones, indemnizaciones, honorarios, salarios, prestaciones sociales, o créditos que se hubieren causado en su favor.

j. A exigir cualquier derecho adicional al que por el presente documento se le otorga.

k. A exigir cualquier tipo de indemnización o bonificación.

"CUARTO: **LAS PARTES** han acordado que definen cualquier reclamación pendiente presente o futura por la relación laboral que los vinculó con la cancelación de una **SUMA DE TRANSACCIÓN TRANSABLE**, que asciende a la cantidad de **VEINTICUATRO MILLONES TRECIENTOS SETENTA MIL TRECIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$24.370.371) M/CTE**. De igual manera se cancelarán las acreencias laborales que correspondan.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

"PARÁGRAFO: La SUMA DE TRANSACCIÓN se reconoce por única vez y por mera liberalidad, y en tal sentido, LAS PARTES ACUERDAN que no tiene efectos prestacionales, es decir, que no será constitutiva de salario, razón por la cual no tendrá incidencia alguna sobre las prestaciones sociales que le puedan corresponder, así como indemnizaciones o parafiscales, conforme a lo establecido en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990.

"QUINTA: Los anteriores valores se entregarán el día primero (01) de marzo de 2018 a través de Cheque del Banco de Bogotá girado a favor del **EL EMPLEADO**.

"SEXTA: Cualquier modificación o adición a la presente transacción, deberá constar por escrito, con la firma de las partes.

"SÉPTIMA: Este acuerdo hace tránsito a cosa juzgada de acuerdo al artículo 2483 del código civil y presta mérito a título ejecutivo según lo establecido por el artículo 488 del C.P.C."

Es por ello, que como lo concluyó el operador de instancia, dentro del presente asunto se constituyó la excepción de cosa juzgada, como quiera que, según se advierte del *petitum* de la demanda, lo perseguido por el demandante versa sobre situaciones que precisamente se encaminan a aspectos derivados en el acuerdo transaccional que conllevó a la terminación del finiquito laboral, como lo son las indemnizaciones contempladas en los artículos 64 y 65 del C.S.T., junto con el pago de perjuicios tanto morales como materiales; asimismo, de manera subsidiaria se declare la ineficacia del despido colectivo realizado por la empresa y, por consiguiente, el reintegro al cargo que venía desempeñando, situaciones todas que advierten la configuración de los presupuestos consagrados en el artículo 303 del C.G.P., aplicables por remisión analógica al procedimiento laboral según lo reglado en el artículo 145 del C.P.T. y de la S.S.

Lo anterior, por cuanto (i) la transacción la suscribieron las mismas partes que integran este juicio, es decir, el demandante señor SAÚL ALFONSOPÉREZ MENDOZA y ALMACENES MÁXIMO S.A.S., lo que constituye la identidad de partes o *eaedem personae*, (ii) las pretensiones aquí perseguidas gravitaron precisamente en torno a estimar condenas derivadas de la finalización del contrato de trabajo, finalización misma donde fue claro el pacto en establecer



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que a razón del finiquito consensuado existía una prohibición para demandar situaciones que ya se habían transado por el acuerdo mutuo de terminación, lo que configura el segundo aspecto de la cosa juzgada como lo es la identidad de una *causa petendi* y, (iii) al versar las súplicas precisamente con ocasión de la suscripción del acuerdo transaccional claro resulta la existencia de una identidad de objeto, más aún si fue el mismo el que prohibió reclamaciones posteriores a la terminación del contrato de trabajo.

Tampoco puede perderse de vista que atendiendo lo dispuesto en el artículo 15 del C.S.T. y el artículo 53 de la Constitución Política, en armonía con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al demandante en ningún momento dentro del acuerdo transaccional se le desconocieron derechos ciertos e indiscutibles, pues como se desprende de la liquidación de prestaciones sociales, le correspondía por concepto de acreencias laborales la suma de \$598.593, que comprendían el salario del mes de marzo de 2018, junto con el pago de auxilio de transporte, prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones de manera proporcional; circunstancia por la cual, al determinarse un pago en la cláusula cuarta de la transacción por la suma de \$24.370.371, la Sala puede colegir que la encartada no afectó las garantías mínimas consagradas en la ley laboral, aspectos todos que conllevan a que la decisión de primer grado sobre este aspecto sea confirmado.

e. De los vicios del consentimiento en el acuerdo transaccional:

La Sala debe partir de la premisa que si bien en inicio la parte demandante no solicitó la ineficacia del acuerdo de transacción suscrito con ALMACENES MÁXIMO S.A.S. el 1º de marzo de 2018, lo cierto es que el *a quo* efectuó este análisis al tenor de las facultades que lo revisten.

Por otra parte, como lo argumentó la parte demandada en el recurso de alzada, su inconformidad en términos generales se presenta en el hecho de que no se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

analizó en detalle la prueba testimonial y los interrogatorios de parte practicados, como tampoco la reunión llevada a cabo a los aproximadamente 80 trabajadores de la demandada que se surtió de un día para otro que conllevó a que no se contara con la plena autonomía como trabajador para la suscripción del documento transaccional.

Para lo pertinente, es menester precisar que en lo que respecta a los vicios del consentimiento, el artículo 1508 del Código Civil regula que, los que pueden adolecer el consentimiento son el error la fuerza y el dolo, regulados estos en los artículos 1509 y sub siguientes de dicha disposición normativa.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia por su parte, ha sido reiterativa en aseverar que la carga probatoria de la configuración de tales supuestos, corresponde acreditarla a la parte demandante, así lo sostuvo en la sentencia SL13202-2015, radicación No. 47028 del 9 de septiembre de 2015:

"Ahora bien, frente a lo segundo, ha de recordarse que con arreglo a los arts. 1508 a 1516 del C.C, el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso. En el sub lite el recurrente incumple su deber de indicarle a la Corte, respecto de las pruebas cuyo juicio de valor acusa -acta de conciliación y convención colectiva-, cual de 11 Radicación n° 47028 ellas evidencian el vicio del consentimiento por error, fuerza o dolo que no dio por acreditado el juez de alzada. En efecto, esa «adenda» -como la llamó el Tribunal- del acta de acuerdo que al manuscrito plasmó el trabajador, no acredita que su voluntad hubiese estado viciada, por el contrario, evidencia que en la diligencia de conciliación actuó libre de apremio que por error, fuerza o dolo viciara su consentimiento."

Así lo ha venido sosteniendo en reiterativas decisiones tales como las SL4819-2021, Radicación No. 72990 del 20 de octubre de 2021, SL4433-2021, Radicación No. 87559 del 20 de septiembre de 2021, 4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021, entre otras.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En este escenario, cuando existe una intención de influencia del empleador para con el trabajador a través de conductas o acciones dolosas, de fuerza o induciendo al error a este último, para que así se constituya el resultado de la renuncia bajo una coacción o constreñimiento, es cuando el acto jurídico se reviste de nulidad.

En el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte del Representante Legal de la demandada señor HÉCTOR JULIO RIAÑO RIAÑO, quien manifestó que es Contador Público y que se encuentra vinculado con la empresa desde el año 2000.

Señaló que el demandante fue trabajador de la demandada desde el mes de febrero de 1998 hasta el 1º de marzo de 2018, siendo su último cargo el de Supervisor, relación laboral que finalizó por mutuo acuerdo.

Refirió que para el 1º de marzo de 2018 existió un retiro de aproximadamente 83 trabajadores, precisando también que para esa época existían 1700 empleados al servicio de la demandada.

Indicó que a los 83 trabajadores se les convocó el 1º de marzo de 2018 para informarles que a partir de ese día el área logística en la cual el aquí demandante laboraba, se iba a tercerizar por intermedio de una compañía llamada SUPRA, por lo que se les invitaba a celebrar un mutuo acuerdo para la terminación del contrato de trabajo, estando los trabajadores en libertad o no de aceptarlo.

Que el mutuo acuerdo consistió en que su liquidación contenía los conceptos a los que tendría derecho incluida la indemnización de una terminación de la relación laboral sin justa causa, más un 20% como reconocimiento de todo el tiempo que los empleados le habían servido a la demandada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Expuso que además de ese mutuo acuerdo existía la opción de la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de la demandada junto con las indemnizaciones a las que tenía derecho y liquidación de las prestaciones sociales, o en su defecto y de manera hipotética existía la probabilidad de una reubicación.

Que la metodología llevada a cabo por la empresa para que los trabajadores firmaran el mutuo acuerdo consistió en que precisamente se les convocó el 1º de marzo de 2018 en una reunión dentro de un salón de Zona Franca, se les expuso el tema de la tercerización de la operación logística, información que se llevó a cabo a través del Gerente Financiero, existiendo también Representantes de SUPRA, últimos quienes informaron a los trabajadores sobre la probabilidad de que las personas que no tendrían contrato podían entrar en un proceso de selección para una posible vinculación laboral.

Puntualizó que se hizo una división de esos trabajadores en grupos aproximados entre 10 y 13 personas para informarles específicamente el contenido del mutuo acuerdo y así pudieran elegir si estaban de acuerdo con el mismo o en su defecto se procediera con la liquidación del contrato sin justa causa, dándosele un tiempo para que de manera libre definiera la situación, y si lo aceptaban el acuerdo se firmaba y se hacía entrega del correspondiente cheque.

Que los trabajadores no participaron en la elaboración o redacción del acuerdo transaccional sino el Departamento de Recursos Humanos; reiteró que a los trabajadores, incluido el actor, se les explicó sobre el mutuo acuerdo y que además contenía un 20% adicional sobre la liquidación de la indemnización. Aclaró que la empresa informó a los trabajadores que la cláusula cuarta del acuerdo transaccional contenía el valor transaccional y adicionalmente el valor de sus prestaciones sociales más un 20% de la indemnización.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El demandante señor SAÚL ALONSO PÉREZ MENDOZA manifestó en el interrogatorio de parte practicado que es bachiller y empleado. Que trabajó al servicio de la demandada 20 años desde el 2 de febrero de 1998 hasta el 1º de marzo de 2018, relación laboral que finalizó ante el despido injusto que realizara la encartada por cuanto de manera imprevista citaron a un grupo de trabajadores incluido él, y se les despidió.

Que el acuerdo de transacción que se firmó se realizó bajo presión, al punto que ni si quiera lo leyó, recibiendo el cheque que le fue entregado.

Que todo el proceso para la suscripción del acuerdo fue rápido y si no firmaban igualmente iban a quedar despedidos, pues hubo una persona que no firmó y al día siguiente no lo dejaron trabajar, exponiendo que el acuerdo consistía en un pago del 20% adicional a la liquidación de sus acreencias laborales, reiterando que la empresa no les dejó leer nada.

La testigo MAYERLY ACERO BENAVIDES manifestó que es la Directora de Talento Humano de ALMACENES MÁXIMO S.A.S. y que trabaja allí desde el año 2012 (tachada de sospecha), quien adujo que el demandante era Supervisor de Bodega hasta el mes de marzo de 2018.

Que la relación laboral del demandante con ALMACENES MÁXIMO S.A.S. terminó por un mutuo acuerdo entre las partes que se suscribió el 1º de marzo de 2018, el cual consistió en el pago de un 20% adicional a lo que correspondiera su indemnización, acuerdo que básicamente consistió en un plan de retiro diseñado por la compañía para un grupo de personas de logística.

Que existieron dos opciones, siendo la primera de ellas suscribir el mutuo acuerdo, la segunda el retiro sin justa causa, y en caso que no se presentara ese mutuo acuerdo los trabajadores podían llegar a ser trasladados, aspecto último que no sucedió pues hasta donde manejó el equipo de trabajadores que tenía



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a su cargo compuesto por aproximadamente 15 personas todos lo aceptaron. Al unísono, argumentó que existía una tercera opción consistente en un posible traslado en caso de que las dos primeras opciones no fuesen aceptadas.

Enfatizó que el 1º de marzo de 2018 el mutuo acuerdo lo celebró la demandada con aproximadamente 80 trabajadores, así como que a un trabajador se le despidió sin justa causa. Expuso que el pago de la liquidación final de prestaciones sociales a esos trabajadores se llevó a cabo en el mismo momento de la suscripción del mutuo acuerdo, como quiera que se les entregó un cheque para ser canjeado.

Tiene conocimiento que ningún trabajador se negó a recibir el cheque acordado, como tampoco evidenció alguna presión para con los trabajadores en lo que respecta a la suscripción del documento; por el contrario, mencionó que existió una primera reunión en la que el Gerente Financiero de la compañía de ese momento, les explicó que se había diseñado un plan de retiro y que el trabajador que se quisiera acoger a este lo podía hacer.

Que en el grupo de trabajadores que ella manejó en su grupo se les explicó el mutuo acuerdo y todos se acogieron, pero recalcó no recordar si el aquí demandante se encontraba en dicho grupo.

Que a los trabajadores se les entregó el acuerdo con la finalidad de que lo leyeron y así pudieran despejar las preguntas respectivas, siendo enfática en destacar que los trabajadores en ningún momento preguntaron en qué consistía una transacción, sino que simplemente preguntaron sobre el monto del 20% que se acordaría.

La testigo MARÍA ISABEL GARCÍA BOTERO manifestó que en la actualidad se encuentra desempleada, y trabajó con ALMACENES MÁXIMO S.A.S. hasta el mes de diciembre de 2021 en los cargos de Jefe de Bienestar y Jefe de Compensación y Nómina al final de su relación laboral. Que conoció al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demandante toda vez que trabajó en el área de logística de la empresa demandada y su retiro sucedió el 1º de marzo de 2018 en virtud de un acuerdo de retiro que la compañía suscribiera con los empleados ante una tercerización que se llevó a cabo.

Que ella como testigo estuvo presente en las reuniones que se surtieron en su momento con los empleados, pero no recuerda si ella estuvo personalmente con el demandante, a pesar de que sí le consta que este último estuvo en la reunión general. Que a los trabajadores inicialmente por parte de la Gerencia se les formalizó el proceso de tercerización que se estaba llevando a cabo, informándoseles que el área de Logística iba a pasar a otra empresa y 45 minutos después se pasó por grupos a tener reuniones individuales con varias personas de la empresa con la finalidad de presentarles el plan de retiro.

Que las opciones que se les presentó a los trabajadores en esa reunión consistieron principalmente en realizar una terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo en virtud de la cual les sería entregada una suma de dinero que correspondía al 20% adicional a la indemnización, además de todo lo relacionado con sus prestaciones sociales.

Señaló que en el caso de su grupo de trabajadores los mismos de manera conjunta decidieron suscribir el mutuo acuerdo, pero dejó por sentado que existían otros aspectos como lo era reubicar a la persona, realizar una terminación unilateral del contrato de trabajo, al igual que el pago de las acreencias laborales se pagó de manera inmediata a la suscripción del acuerdo. Que el valor de la indemnización más el 20% que se acordó se encontraba incluido en el cheque pagado.

Que los trabajadores tuvieron el tiempo suficiente de leer con detalle el acuerdo transaccional antes de suscribirlo, de hecho, la reunión general finalizó alrededor del mediodía y se demoraron el resto de la tarde en reuniones individuales con cada trabajador.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que si algún trabajador hubiese rechazado el acuerdo mutuo de terminación del contrato de trabajo, la compañía hubiese pensado en otra opción, pero no fue el caso ya que los trabajadores suscribieron el acuerdo. Asimismo, destacó que el concepto pagado abarcaba el valor de lo que hubiese sido indemnización más un 20% y las prestaciones sociales correspondientes.

El testigo VICTOR ARMANDO PORTELA (tachado de sospecha), manifestó que su profesión es Técnico en Criminalística y en la actualidad se desempeña como Guarda de Seguridad. Que laboró al servicio de la demandada por espacio de 7 años, por lo que conoce al demandante ya que fueron compañeros de trabajo.

Que la relación laboral del demandante con la encartada finalizó el mismo día de él como declarante, toda vez que citaron a todos los empleados de la parte Logística de la empresa a una reunión, la cual consistió en que para finalizar los contratos por mutuo acuerdo se les otorgaría una suma adicional del 20% a las acreencias laborales a las que tendrían derecho, ello por cuanto esa área iba ser cedida a un tercero, así como que iban a seguir laborando con esa entidad, información que les brindó el Gerente General de la época de ALMACENES MÁXIMO S.A.S.

Que la contratación siguiente se haría con la empresa nueva llamada SUPRA, última quien contrataría de manera progresiva; expuso que, como trabajador y declarante en este proceso, cree que ninguno de los trabajadores que suscribieron el mutuo acuerdo de finalización del contrato de trabajo alcanzaron a leer el documento, toda vez que la presión que se mantuvo fue muy constante, sin tener conocimiento si el demandante recibió el dinero con ocasión al finiquito.

Que él como declarante estuvo en el mismo salón en el que el demandante suscribió el acta transaccional, pero no tuvo conocimiento directo sobre las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

condiciones que contenía el acuerdo de mutuo acuerdo del actor. Sostuvo que la suscripción del documento se presentó a cada trabajador de manera independiente.

Que la presión no consistió en alguna amenaza verbal, sino por el hecho que quedarían desempleados, así como el proceso entre la entrega del documento y la suscripción duró un tiempo de media hora aproximadamente.

Así las cosas y como lo decidió el operador de instancia, la Sala puede colegir que no existen razones suficientes para determinar que la suscripción del acuerdo transaccional por el actor con la demandada estuvo revestido de vicios del consentimiento, en el entendido que no se advierten motivos o acciones de constreñimiento o fuerza para que el demandante firmase la transacción.

Nótese que como lo destacó el testigo VICTOR ARMANDO PORTELA, si bien manifestó que el mismo día se procedió con la suscripción de acuerdos transaccionales respecto de los trabajadores del área de Logística de la demandada, lo cierto es que en lo que respecta al especialísimo caso del demandante en la suscripción de la transacción, indicó no conocer en qué términos se dio; por el contrario, refirió que no tuvo conocimiento sobre el contenido del mismo, de ahí que no se le pueda considerar como un testigo directo sobre lo verdaderamente sucedido en el caso particular del demandante, más aún si se tiene en cuenta que señaló en su declaración el creer que a su juicio los trabajadores no habían alcanzado a leer a profundidad los acuerdos que firmaban.

De otra parte, el testigo refirió que a cada trabajador de manera individualizada se le presentó el documento y, que si bien a su juicio existió presión, esta ocurrió por conocer que tal vez podrían quedarse sin trabajo, tópicos que en nada advierten alguna presión o engaño para la configuración de los vicios del consentimiento, toda vez que no se evidencia algún



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

constreñimiento basado en fuerza, violencia o engaños para celebrar el acuerdo, máxime si se tiene en cuenta que como lo refleja el documento, se aprecia una redacción clara y comprensible sobre cada punto allí acordado.

Ahora, debe tenerse en cuenta que como lo confesó el demandante, accedió al pago de la suma tranzada, el cual por demás se encuentra plenamente acreditado al plenario a través de la copia de la entrega del cheque el 1º de marzo de 2018 (Fl. 188 – EXPEDIENTE DIGITAL).

También debe atenderse las declaraciones de los testigos MAYERLY ACERO BENAVIDES y MARÍA ISABEL GARCÍA BOTERO, personas que laboraron al servicio de la empresa al momento de la suscripción del acuerdo de transacción, quienes coincidieron que en todo momento a los trabajadores, incluido el demandante, se les puso de conocimiento las condiciones que conllevarían el acuerdo, en especial la retribución dineraria del 20% que se evidencia de la cláusula cuarta del acuerdo, y en lo que atañe a la reunión de la que se aqueja el demandante dentro del recurso de alzada, más que lo manifestado en su argumento no existe ninguna prueba que corrobore acciones fraudulentas en la suscripción de la transacción, de lo que se denota que se celebró en los términos preceptuados en la ley laboral, máxime que en ningún momento fueron desconocidos derechos mínimos del señor SAÚL ALFONSO PÉREZ MENDOZA, por lo que la sentencia de primer grado se confirmará en su integridad.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante al no gozar de prosperidad el recurso que desató.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya *Carlo Alberto Cortes Corredor*
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral **1100131050 24 2021 00191 01**
Demandante: **MARÍA HELENA DEL ROCÍO ARIZA MARTÍNEZ**
Demandados: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 3 de agosto de 2022 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA HELENA DEL ROCÍO ARIZA MARTÍNEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin que se declararse la ineficacia del traslado que realizara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., ante la omisión de este fondo del deber de informarle con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen pensional.

Consecuencialmente, se declare que los subsiguientes traslados entre administradoras resultan también ineeficaces y no producen ningún efecto jurídico,



por lo que para todo efecto siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, advirtiendo a su vez que no existió solución de continuación en la afiliación en el régimen público.

Por consiguiente, se le ordene a PORVENIR S.A. la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras, ordenando a su vez a COLPENSIONES reactivar su afiliación considerando que siempre ha permanecido afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibir los aportes y rendimientos devueltos por PORVENIR S.A., actualizar y corregir su historia laboral, el pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 17 de julio de 1967, vinculándose al ISS desde inicios de su vida laboral hasta el mes de febrero de 1996. Que posteriormente y ante una campaña de desinformación de las AFP en general, firmó un formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. el 2 de febrero de 1996, afiliación que llevó a cabo sin habersele suministrado información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen, como quiera que el asesor de entonces no le explicó la naturaleza propia del régimen pensional, sus características, diferencias entre ambos regímenes, omitiendo así una información pormenorizada sobre las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen.

Adujo que no se le informó cuáles eran las condiciones que tenía que cumplir en ambos regímenes pensionales para acceder a una pensión de vejez, invalidez o muerte, entre otras situaciones de desinformación.

1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones, bajo el entendido que la afiliación que realizara la demandante ante sus dependencias estuvo precedida de una asesoría dada en cumplimiento de las obligaciones vigentes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

para la fecha del traslado, donde se le brindó la información necesaria para que tomara una decisión informada, libre y voluntaria respecto de las condiciones, características y naturaleza del fondo al que pretendía su traslado, del mismo modo se le informó acerca de las condiciones de las operaciones, de los servicios ofrecidos por la entidad y de cada una de las prestaciones económicas que regula la ley.

Propuso las excepciones 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.

COLPENSIONES argumentó en su contestación que si bien no tuvo conocimiento de lo sucedido en el traslado de la demandante, dicho traslado tiene plena validez, en tanto para la época en que se efectuó el mismo, no se encontraba reglada la forma en que los fondos debían informar de las consecuencias de su traslado al afiliado más allá del formulario de afiliación, téngase en cuenta que dicha obligación pormenorizada de *"información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras"* se encuentra expresamente consagrada a partir del 1º de julio de 2010, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2241 de 2010.

Que frente al negocio jurídico celebrado entre las partes, se generaron obligaciones reciprocas dentro de las cuales, estaba en cabeza de la demandante la obligación de informarse frente a las consecuencias de generar el traslado a un fondo privado en tanto los regímenes pensionales se encuentran regulados en la legislación Colombiana, por lo que son de público conocimiento y en ese sentido no existía limitación en cabeza de la actora para informarse de las condiciones de su traslado, no existiendo vicios en el consentimiento que fundamenten la declaratoria de nulidad del traslado, máxime si obra en el expediente prueba de dicho formulario, así como la relación de cotizaciones efectuadas a la AFP del RAIS que soportan esa decisión de traslado que efectuara la demandante.

Formuló como medios exceptivos los denominados la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineffectuación de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho ni vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad



financiera del sistema (Acto Legislativo 01 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 3 de agosto de 2022 resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la *INEFICACIA* de la afiliación de la señora **MARIA HELENA DEL ROCIO ARIZA MARTÍNEZ** al RAIS a través de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 02 de febrero de 1996, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora **MARIA HELENA DEL ROCIO ARIZA MARTÍNEZ** nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR**, trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la señora **MARIA HELENA DEL ROCIO ARIZA MARTÍNEZ** como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir lo que tenga el demandante al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración debidamente indexados, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a recibir a la señora **MARIA HELENA DEL ROCIO ARIZA MARTÍNEZ**, como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS EN LA INSTANCIA.

SÉPTIMO: En caso de no apelarse la presenten sentencia, se dispone a que por secretaria se remita el expediente a la sala de decisión laboral del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor de conformidad con el artículo 69 del CPTYSS."



Para arribar a dicha conclusión, la *a quo* indicó que como lo ha adoctrinada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que atañe a la carga de la prueba es PORVENIR S.A. a quien le corresponde demostrar una debida asesoría o información a sus potenciales afiliados en lo que respecta a las consecuencias favorables o desfavorables entre uno y otro régimen pensional en atención de la carga de la prueba reglada en el artículo 167 del C.G.P., entendida esta como una indagación clara, completa y comprensible sobre la trascendencia de su decisión, situación que no logró probar en el evento de la demandante, máxime si se tiene en cuenta que con el formulario de afiliación no puede entenderse cumplida esa carga probatoria.

Por ende dispuso la devolución de saldos, incluyendo de manera indexada lo atinente a gastos de representación.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. En la alzada manifestó que el análisis del artículo 271 de la Ley de 1993 debe interpretarse de manera restrictiva, es decir, que al interior del proceso no quedó demostrada la conducta dolosa que debe analizarse para el caso de marras, como quiera que la demandante aceptó haber suscrito el formulario de traslado de manera libre y voluntaria, por lo que claramente al ser un acto jurídico el mismo es susceptible de ser convalidado por las partes, de allí que se configure (i) el no uso del derecho de retracto por la demandante, (ii) la falta de reclamación durante la vigencia de la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, (iii) el móvil o motivo principal de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad la presunta liquidación del antiguo ISS.

Que no se encuentra de acuerdo con el postulado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en lo que atañe a la inversión de la carga de la prueba, como quiera que dada la naturaleza del contrato y de las partes que lo integran, la demandante resulta ser una consumidora financiera, por lo que claramente tiene obligaciones de asesorarse, máxime si es una persona profesional.

También encontró reproche en la condena por concepto de gastos de administración, señalando que se desconoció la naturaleza jurídica como entidad,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en la medida que es un fondo de pensiones que la ley misma le permite cobrar dichos rubros en virtud de la custodia o administración adecuada de los dineros, por lo que de entregarse estos a COLPENSIONES, sin que se haya realizado alguna gestión por parte de esa entidad, por ende, se constituiría un enriquecimiento sin justa causa.

Que tampoco se encuentra de acuerdo a la indexación respecto de los gastos de administración, puesto que revisadas las pretensiones de la demanda no se aprecia que la misma se haya solicitado, aspecto que claramente va en contravía del principio de congruencia que debe existir frente a los pedimentos de la demanda y la sentencia de primera instancia, talante que a su vez conduce a que no se pudiese aplicar por la falladora de instancia los principios *ultra y extra petita*.

COLPENSIONES expuso en su recurso de alzada que se realizó una inversión de la carga de la prueba sin revisar en detalle los casos particulares, pues en lo que atañe a la actora no existió una omisión a la falta de información ya que su traslado se llevó a través de una decisión libre y voluntaria, por lo que le correspondía informarse de manera autónoma sobre las diferentes consecuencias que implicaría el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la



información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineeficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineeficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineeficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario que suscribiera la demandante con PORVENIR S.A. el 2 de febrero de 1996 (Fls. 32 y 80 – PDF 03 – CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), en el cual se refiere que la decisión es libre y voluntaria, no obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró al afiliado la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

De otro lado, en el interrogatorio de parte a la demandante tampoco se colige que haya confesado haber sido correctamente informada; por el contrario, lo que expresó fue que al momento en que el asesor de PORVENIR S.A. de entonces le asesoró, la misma solo consistió en que el antiguo ISS se extinguiría, de ahí que sería más benéfico su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

		acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1996, una *"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"*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto objeto de inconformidad de la demandada PORVENIR S.A. en su disenso, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado."

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:



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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por PORVENIR S.A.

Se precisa además que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha ordenado la devolución indexada de los gastos de administración, lo cual en manera alguna vulnera los alcances de las facultades *ultra y extra petita*, en tanto su finalidad es equiparar la devaluación de la moneda.

Respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineffectividad del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineffectividad se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineffectividad, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineffectividad es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineffectivo,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineeficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.



Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la jueza de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020)."

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora."

Lo anterior colleva a su vez, que no goce de prosperidad lo expuesto por PORVENIR S.A. en el entendido que los gastos de administración no deban retornarse debidamente indexados a COLPENSIONES, pues debe tenerse en cuenta que de una parte que el presente asunto se estudia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES y, de otra, precisamente al declararse la ineficacia del traslado,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

junto con la devolución de las contingencias ya referidas, se suple cualquier aspecto económico para un posible reconocimiento prestacional a favor de la demandante.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo, tercero y cuarto de la sentencia proferida el 3 de agosto de 2022 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

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.

De la misma forma, deberá proceder la demandada PORVENIR S.A. frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora, conforme se indicó en el numeral tercero de la sentencia de primer grado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya *Carlos Alberto Cortes Corredor*
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral **1100131050 26 2019 00141 01**
Demandante: **ADOLFO BALLEN HERREÑO**
Demandado: **SALUD TOTAL EPS-S S.A. y GOLD RH S.A.S.**
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y las demandadas SALUD TOTAL EPS-S S.A. y GOLD RH S.A.S., en contra de la sentencia proferida el 25 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ADOLFO BALLEN HERREÑO formuló demanda ordinaria laboral en contra de SALUD TOTAL EPS-S S.A. y solidariamente en contra de GOLD RH S.A.S., con la finalidad que se declare que el contrato a término indefinido que suscribió con la última demandada el 10 de junio de 2015, encubre la verdadera relación de trabajo con el empleador SALUD TOTAL E.P.S., con el cual solicita se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido del 10 de junio de 2015 al 26 de febrero de 2017, desempeñando el cargo de Asesor Novato y posteriormente el de Asesor Junior. A su vez, pretende se declare que el concepto denominado medios de transporte contenido en la cláusula tercera del contrato de trabajo, corresponde en realidad a un porcentaje sobre las ventas y comisiones el cual constituye salario y tiene incidencia en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que causó durante la vigencia de la relación laboral, rubro que no se tuvo en cuenta para liquidar las primas de servicios y las cesantías.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a las demandadas a reliquidar las prestaciones sociales y las vacaciones causadas entre el 10 de junio de 2015 y el 26 de febrero de 2017, teniendo en cuenta todos los factores salariales; de la misma forma, se condene al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. a partir de 27 de febrero de 2017; al pago de la sanción por no consignación de las cesantías y a reliquidar la indemnización por despido injusto, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, indicó que se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido con la demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A., por intermedio de la encartada GOLD RH S.A.S. la cual suscribió el citado contrato el 10 de junio de 2015, refiriendo que desempeñó el cargo de Asesor Novato, y que posteriormente fue ascendido al empleo denominado Asesor Junior. Asimismo, expuso que su salario correspondía al mínimo mensual legal vigente del año 2015, más comisiones por ventas de servicios, las cuales consistían en afiliaciones de usuarios a SALUD TOTAL EPS-S S.A., por lo cual recibía un pago de \$18.000 por cada afiliación, por tanto, su salario era variable.

Seguidamente, mencionó que durante el tiempo que estuvo vinculado con el extremo pasivo, la prestación del servicio siempre fue a favor de la E.P.S. demandada en las instalaciones de esa encartada, ubicadas en la carrera 67 A- No. 46-67 de esta ciudad, iniciando su jornada a las 7 a.m., para lo cual debía firmar una lista de asistencia. Una vez allí, se presentaba ante su jefe inmediato, señor JOSE NICOLAY CAMACHO, Gerente del Grupo Comercial de dicha entidad, el cual era el encargado de recibir las afiliaciones, revisarlas y hacer las respectivas observaciones; en esa medida, si cumplían con los requisitos de ley, las enviaba al Área de Operaciones para procesarlas y establecer el pago de las comisiones que le serían canceladas, labor que se llevaba a cabo de lunes a viernes y en ocasiones los sábados.

Adujo que una vez reportaba sus afiliaciones y eran revisadas por su jefe inmediato, se llevaba a cabo una reunión entre las 7:00 a.m. y las 9:00 a.m., con dicho superior y los vendedores, en las cuales en ocasiones se realizaban evaluaciones y planes de trabajo con el fin de incentivar la comercialización de los servicios, e igualmente recibían los formularios de afiliación del día siguiente, así, una vez evacuado lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

anterior salía a realizar nuevas afiliaciones a favor de SALUD TOTAL EPS-S S.A., regresando al día siguiente para llevar a cabo el mismo procedimiento, el cual realizó todo el tiempo que estuvo vigente el contrato de trabajo.

Más adelante, precisó que el valor de las comisiones que devengó como contraprestación de sus servicios, fue denominado por la demandada GOLD RH S.A.S., con el nombre de medios de transporte, conforme se observa en la cláusula tercera del contrato de trabajo y que la accionada SALUD TOTAL EPS-S S.A., le cancelaba por intermedio de la enjuiciada GOLD RH S.A.S., el salario básico el 30 de cada mes y las comisiones por ventas denominadas medios de transporte, los cancelaba el día 20 de cada mes; concepto que no tuvo en cuenta para liquidar las prestaciones sociales ni las vacaciones.

Adujo que el 26 de febrero de 2017 el extremo pasivo finalizó el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa, sin tener en cuenta para liquidar la respectiva indemnización el concepto de medios de transporte. Igualmente, dijo que el 28 de febrero de 2017 presentó una reclamación ante la demandada GOLH RH S.A.S. solicitando el pago de las comisiones sobre las ventas realizadas a la fecha de cancelación del contrato de trabajo, el pago de sus acreencias laborales como cesantías y primas de servicios, so pena de generarse el pago de la indemnización moratoria (Fls. 5 a 11 archivo 001).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

GOLD RH S.A.S. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en el libelo introductorio, argumentando que celebró un contrato de trabajo a término indefinido el 10 de junio de 2015, desplegado en su rol de empleador acciones propias de subordinación, emitiendo órdenes e instrucciones; sin que recibiera reclamo alguno de parte del actor frente a la suscripción del contrato de trabajo, en atención al convencimiento que tenían las partes de haberlo celebrado de manera autónoma y voluntaria, realizando el pago del salario y de los factores no constitutivos de salario, sin que exista emolumento alguno pendiente de pago, por lo que no procede la reliquidación deprecada.

Como excepciones formuló las de inexistencia de las obligaciones, mala fe del actor, falta de causa y título para pedir, pago, prescripción, compensación,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

enriquecimiento sin justa causa, abuso del derecho, la genérica y buena fe de la demandada (Fls. 95 a 120 archivo 001).

Entre tanto, la demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no existió contrato de trabajo alguno con el actor, pues el contrato fue pactado con una persona jurídica distinta, por medio del cual presó su fuerza de trabajo bajo subordinación de su empleador, el cual le impuso el reglamento interno de trabajo, le impartió órdenes, le asignó un horario, sin que tuviese injerencia o participación alguna.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la relación laboral, buena fe, cobro de lo no debido - inexistencia de la obligación, compensación, prescripción, y la innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de mayo de 2022, declaró que entre SALUD TOTAL E.P.S. y el demandante existió un trabajo de contrato entre el 10 de junio de 2015 y el 26 de febrero de 2017, siendo la demandada GOLD RH S.A.S. un simple intermediario. En consecuencia, condenó a SALUD TOTAL E.P.S. y solidariamente a GOLD RH S.A.S. a pagar al actor la suma de \$2.124.069 por auxilio de cesantías, \$160.983 por intereses a las cesantías, \$1.570.253 por prima de servicios, \$1.452.866 por vacaciones y \$2.497.893 por indemnización por despido sin justa causa, estando a su alcance descontar los valores pagados por GOLD RH S.A.S por estos conceptos.

A su vez, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y probada la de compensación, autorizándolas a las accionadas a descontar los dineros pagados por los conceptos antes referidos. Además, condenó a la demandada SALUD TOTAL E.P.S y en forma solidaria a GOLD RH S.A.S. a que realice la reliquidación de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y las condenó al pago de costas y agencias en derecho. Por último, absolvío al extremo pasivo de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* expuso que de las pruebas obrantes en el plenario, encontró acreditado que el actor prestó sus servicios personales como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

Asesor Comercial del 10 de junio de 2015 al 26 de febrero de 2017, por lo que al verificar si la demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A. actuó como su verdadero empleador y la accionada GOLD RH S.A.S. fue una simple intermediaria, trajo a colación los artículos 23 y 24 del C.S.T., y lo reseñado por la Corte Constitucional en sentencia C-665 del 12 de noviembre de 1998.

Acorde con lo anterior, al constatar la prestación de servicios por parte del actor a favor de SALUD TOTAL EPS, expuso que el testimonio de DIANA CADENA, le ofrecía credibilidad pese a haber sido tachada de sospecha al haber instaurado proceso similar en contra de las demandadas, ya que no advirtió que tuviese la intención de favorecer al actor, quien afirmó que debía asistir a las instalaciones de esa EPS ubicadas en las Américas con Calle 68 a las 7:00 a.m. en donde permanecía hasta las 9:00 a.m. y luego salían a visitar empresas y hacer las asesorías, además, que de acuerdo a la documental aportada se podía corroborar que la función principal del demandante era realizar afiliaciones al Plan Obligatorio de Salud a favor de esa encartada, concluyendo así que prestó sus servicios personales a SALUD TOTAL EPS-S S.A., presumiendo la existencia del contrato de trabajo de acuerdo a lo reglado en el artículo 24 del C.S.T.

De otro lado, indicó que si bien la referida EPS adujo que no fue el empleador del demandante, pues fue la demandada GOLD RH S.A.S. la que contrató los servicios del actor, y que la relación de esas dos sociedades aludía al contrato que suscribieron el 1º de enero de 2014, en el cual el mandante confirió al mandatario el encargo de promocionar las afiliaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, documento que no desvirtuaba la subordinación pues hace referencia a las sociedades aquí demandadas, y además entregaba bienes en comodato, con el fin de que GOLD RH S.A.S. ejecutaría las labores propias del contrato de mandato, aclarando que el actor no desarrollaba sus funciones en las instalaciones de esa demandada, pues las cumplía y actuaba en nombre de SALUD TOTAL EPS, además, no se demostró el poder subordinante que ejercía GOLD RH S.A.S., pues si bien se dijo que en las reuniones de la mañana acudía NICOLAI CAMACHO, quien al parecer era empleado de esa sociedad, a la misma asistía personal de la EPS demandada, según dijo la testigo, afirmando que también acudía la señora GLORIA la cual era la Jefe del Área Comercial de SALUD TOTAL EPS, lo que tampoco por si solo desvirtuaba la subordinación respecto de esa enjuiciada, teniendo así como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

empleador del actor a SALUD TOTAL EPS del 10 de junio de 2016 al 26 de febrero de 2017.

En lo atinente al salario básico realmente devengado por el demandante y la incidencia salarial del concepto denominado medios de transporte, indicó que las partes pactaron como salario la suma de \$644.350 para el año 2015, valor que corresponde al salario mínimo legal mensual para dicha anualidad, y que en la cláusula tercera del contrato de trabajo acordaron el pago de un concepto denominado medios de transporte, mismo documento en el que se indican las condiciones para que opere el pago de ese rubro, los cuales citó textualmente. Igualmente, refirió que también suscribieron un otrosí al contrato de trabajo que regía a partir de noviembre de 2016.

En esa medida al analizar si tal emolumento tenía incidencia salarial, hizo mención a los artículos 127 y 128 del C.S.T. y advirtió que las partes en el acuerdo de voluntades establecieron una cláusula en la que además se indicó que los medios de transporte no tendrían carácter salarial. Empero, la Juez de instancia señaló que de la cláusula no se desprende que el citado auxilio de transporte se otorgue para desempeñar adecuadamente las funciones, sino que, por el contrario, corresponde a una contraprestación directa del servicio, pues se pagaba por cada afiliación, sin importar que el desplazamiento se realice aunque no se logre las afiliaciones, siendo el fin del mismo obtener nuevos afiliados.

En punto de lo anterior, y después de incluir lo correspondiente a lo devengado por el actor por concepto de medios de transporte, detalló en la parte motiva de la sentencia las sumas para cada mensualidad por los meses de junio de 2015 a febrero de 2017.

Seguidamente al analizar la excepción de prescripción, dijo que el actor laboró hasta el 26 de febrero de 2017 y la demanda fue presentada el 25 de febrero de 2019, siendo admitida el 16 de julio de 2019 y notificada a la demandada GOLD RH S.A.S. en octubre de 2019, es decir, en el año siguiente a la notificación por estado del auto admisorio de la demanda, así las cosas, declaró prescritos las acreencias causadas con anterioridad al 25 de febrero de 2016, lo anterior teniendo en cuenta que la parte demandada está integrada por un litisconsorcio necesario, razón por la cual para todos los efectos legales tendrá dicha fecha de prescripción.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En consecuencia, condenó al pago de cesantías, interés a las cesantías, prima de servicios, vacaciones e indemnización de despido sin justa causa y declaro probada la excepción de compensación que propusieron las demandadas, autorizando al extremo pasivo a descontar las sumas pagadas por esos conceptos por la demandada GOLD RH.

En otro giro, absolvio a las accionadas del pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. y la sanción por no consignación de las cesantías, aduciendo que SALUD TOTAL EPS no incurrió en mala fe pues consideraba que el trabajador no laboraba a su servicio, ello como consecuencia del contrato de mandato y el de comodato que suscribió con la demandada GOLD RH S.A.S., la cual pagó al demandante lo que creyó deberle, y si bien no incluyó lo devengado por medios de transporte, ello obedeció a la cláusula que suscribió con el demandante, la cual solo en el presente trámite procesal se declaró que no surtía efectos jurídicos; sin embargo, ordenó a las demandadas a realizar la correspondiente reliquidación de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, tomando para tal efecto los salarios realmente devengados por el demandante. Declaró solidariamente responsable del pago de las condenas emitidas a la demandada GOLD RH S.A.S., con base en lo normado en el numeral 2º del artículo 35 del C.S.T., al tratarse de un simple intermediario y condenó en costas a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Manifestó su disenso frente a la absolución de las pretensiones relacionadas con la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. y la sanción por la no consignación de las cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, señalando que no se demostró la buena fe de las demandadas pues se opusieron a las pretensiones de la demanda y no propusieron fórmula conciliatoria, lo que amerita la imposición de tales condenas.

Por su parte, la demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A. en su apelación, refirió que es posible tercerizar el plan obligatorio de salud conforme lo estipulado en el Decreto 1485 de 1994, sin que se entienda como intermediación laboral, asimismo, señaló que logró desvirtuar la presunción de subordinación con las pruebas obrantes en el plenario, entre ellas, el interrogatorio de parte y el contrato de trabajo, de los que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

puede concluir que tal elemento fue ejercido por GOLD RH S.A.S., correspondiéndole al demandante demostrar que ese contrato de trabajo no se llevó a cabo de manera adecuada, lo cual confesó, ya que se pudo establecer que el Gerente de Cuenta era una persona con contrato a término indefinido con GOLD RH, el cual ejercía la subordinación del demandante, sin que se evidencie que fue SALUD TOTAL quien la ejerció, pues no existe probanza que dé cuenta de ello, lo cual no se puede corroborar con el testimonio que se recibió, en esa medida, al ponderar las pruebas se puede concluir que los elementos del contrato, en especial la subordinación fue ejercida por GOLD RH, el cual fue el verdadero empleador del actor, sin perjuicio de las actividades que pudo desarrollar a favor de SALUD TOTAL, lo cual es permitido por la ley, por ende, no se debe dar credibilidad a la testigo.

GOLD RH S.A.S. en su alzada, indicó que la jueza de instancia en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre formas concluyó que el verdadero empleador fue SALUD TOTAL y no esa demandada, pese a estar demostrado que el actor prestó sus servicios para esa sociedad, la cual ejerció subordinación. De otro lado, que no era cierto lo dicho por la testigo y el actor, de que en la entidad existían empleados de la parte comercial de SALUD TOTAL.

Refirió que el artículo 225 del C.G.P. señala que el testimonio no desvirtúa los aspectos que requieren de algún tipo de contrato; y que incluso el mismo demandante dijo que existían Gerentes de Cuenta los que sin duda, estaban vinculados con esa demandada, es decir, que era con quienes se reunía el gestor, de lo que se desprende que quien ejercía la subordinación frente al actor era GOLD RH S.A.S. y que por el hecho que unas personas asistan todos los días al lugar en el que se ubica SALUD TOTAL, ello *per se* no conlleva a declarar la existencia de un contrato de realidad, más si se tiene en cuenta que las enjuiciadas pactaron el uso de esos espacios; igualmente, el cargo de ejecutivo de cuenta no desarrolla su función en un lugar fijo, pues ello debe ser fuera del domicilio de GOLD RH, debiendo esta Corporación examinar que esa sociedad fue la que en realidad ejerció la subordinación, lo que se constata del contrato de trabajo que suscribió con el actor y las demás documentales que obran en el plenario, pues no es ilegal tercerizar, siendo permitido a las encartadas realizar convenios para llevar a cabo una actividad que no es misional, la cual consiste en la promoción y afiliación a dicha EPS y al Sistema General de Seguridad Social.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En lo que atañe a los pagos a los que le dio connotación salarial y en los que insistió el actor y la testigo que se trataron de comisiones, señaló que esa aseveración no corresponde a la realidad, pues se trata de rubros que se pagaban por acudir a ciertos lugares a realizar sus actividades, sin que el trabajador tuviese que asumir de su peculio ese costo, en virtud de lo reglado en el artículo 128 del C.S.T. y el artículo 17 de Ley 344 del 1996, reiterando que no son pagos constitutivos de trabajo.

Finalmente, dijo que en el presente asunto se están inaplicado los artículos 34 y 35 del C.S.T, dado que para que exista solidaridad las encartadas deben tener objetos similares, luego, al examinar los Certificados de Cámara de Comercio de esas convocadas a juicio, se puede extraer que no ejecutan actividades similares, por tanto, no existe ningún tipo de solidaridad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología para la resolución del presente asunto, la Sala analizará en primer lugar: (i) si el verdadero empleador del demandante fue la enjuiciada SALUD TOTAL EPS-S S.A. y la accionada GOLD RH S.A.S., un simple intermediario, lo que la hace solidariamente responsable de las condenas que se emitan; en caso positivo, habrá de auscultarse (ii) si el concepto denominado medios de transporte constituye factor salarial; finalmente, (iii) se verificará la procedencia de la indemnización dispuesta en el artículo 65 del C.S.T. y la sanción por no consignación de las cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

c. De la Relación Laboral y el Verdadero Empleador:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al descender al *sub-examine*, y de acuerdo con el problema jurídico planteado, procede esta Colegiatura a verificar si la falladora de instancia erró al declarar que entre el actor y la demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A., existió un contrato de trabajo vigente del 10 de junio de 2015 hasta el 26 de febrero de 2017 y que la encartada GOLD RH S.A.S., fungió como un simple intermediario, en tanto, la primera no desvirtuó la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T.

Al respecto, advierte esta Colegiatura que el demandante adujo en el libelo introductorio que se vinculó a través de un contrato de trabajo a término indefinido el 10 de junio de 2015 con la enjuiciada SALUD TOTAL EPS-S S.A., por intermedio de la demandada GOLD RH S.A.S., desempeñó el cargo de Asesor el cual consistía en afiliar usuarios al Sistema General de Seguridad Social en Salud por medio de dicha Entidad Promotora de Salud en las instalaciones de esa accionada; labor que realizó durante todo el tiempo en que estuvo vigente el contrato, el cual se extendió hasta el 26 de febrero de 2017, lo que hace que su verdadero empleador sea la primera, y la segunda un simple intermediario.

Por su parte, la convocada a juicio SALUD TOTAL EPS-S S.A. al contestar la demanda, refirió que nunca ha sostenido ningún vínculo contractual de índole laboral con el promotor, y que la labor ejecutada en cuanto el proceso comercial de afiliaciones de usuarios y trasladados a esa entidad, fue siempre en virtud de su condición de trabajador de la demandada GOLD RH S.A.S., de acuerdo con los parámetros establecidos en el contrato que pactaron.

La demandada SALUD TOTAL EPS manifiesta en su impugnación, que las pruebas recaudadas en el trámite procesal permiten concluir que derruyó la presunción que operó en su contra; a su vez, GOLD RH S.A.S., expone en su alzada que la prestación de servicios por parte del actor quedó acreditada a su favor, en tanto, se demostraron los actos de subordinación que ejerció como verdadero empleador en la ejecución del contrato laboral que pactaron, argumentos que compelen a la absolución de la pretensiones de la demanda.

Acorde con lo anterior, es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el



artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, situación en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Así las cosas, cabe memorar que de antaño se ha dicho que una vez acreditada la prestación personal del servicio opera la referida presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T.; de modo que, el operador judicial no tiene que verificar si la relación laboral se hizo bajo subordinación, sino que su labor se limita a indagar si aquella se desvirtuó, así lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Laboral, en sentencia con Radicación No. 34223 de 13 de abril de 2010:

"Para la Corte es claro que si el Tribunal tuvo por probado que el actor le trabajó a la demandada, no tenía por qué verificar si esa actividad laboral se hizo bajo subordinación laboral, pues ese hecho debió considerarlo debidamente acreditado por razón de la presunción consagrada en la norma legal que infringió directamente. Toda vez que esa presunción es de naturaleza legal y, por lo tanto, susceptible de ser desvirtuada, ha debido entonces el fallador indagar si la presunción se desvirtuó por la parte demandada, acreditando que los servicios se prestaron de manera independiente, esto es, su labor de análisis de las pruebas se debió orientar a encontrar la autonomía en la prestación de los servicios, mas no la subordinación, que, en principio, estaba acreditada por ministerio de la ley."

Línea de pensamiento que ha sido reiterada por el Alto Tribunal de cierre, en sentencia SL1430-2021, Radicación No. 87187 de 19 de abril de 2021, en la que memoró al abordar asunto de similares contornos al que ocupa la atención de la Sala, lo reseñado por esa misma Corporación en sentencia CSJ SL, 24 abr. 2012, rad. 39600, así:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

"Si el demandado acepta la prestación del servicio, pero excepciona que lo fue mediante un contrato civil, como sucedió en el sub lite, le allana el camino el demandante para ubicarse en el supuesto de hecho contenido en el artículo 24 del CST y ampararse en la presunción de que se trató de un contrato laboral. En cuyo evento, el demandado tiene a su cargo desvirtuar la presunción mediante pruebas que demuestren, con certeza, el hecho contrario del elemento de la subordinación, es decir que la prestación personal del servicio se dio de manera independiente."

En otro giro, y acorde con el tema objeto de debate, imperioso resulta traer a colación lo regulado en el artículo 34 del C.S.T., modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965, que señala sobre los contratistas independientes:

"ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.

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

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

En lo atinente al simple intermediario la norma indica:

"ARTICULO 35. SIMPLE INTERMEDIARIO.

1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.”

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4479-2020, Radicación No. 81104 del 4 de noviembre de 2020, frente al tema de la simple intermediación adujo:

“1. La tercerización laboral”

Desde un punto de vista amplio, la tercerización laboral, outsourcing o externalización, es un modo de organización de la producción en virtud del cual se hace un encargo a terceros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo. Supone el resultado de un procedimiento en el que actividades que, en principio, se prestan (o normalmente son o pueden ser ejecutadas) bajo una organización empresarial única o unificada, terminan siendo efectuadas por unidades económicas real o ficticiamente ajenas a la empresa.

En una economía globalizada la tercerización ha sido empleada con fines diversos, dentro de los cuales cabe destacar: (i) la estrategia empresarial de concentrarse en aquellas partes del negocio que son su actividad principal, descentralizando aquellas otras actividades de apoyo que, aunque son básicas, no producen intrínsecamente lucro empresarial; (ii) la externalización de procesos le permite a las empresas acceder a proveedores que debido a su especialización y conocimiento técnico, pueden ofrecer servicios a costos reducidos; (iii) la exteriorización de actividades dota de mayor flexibilidad a las empresas en entornos económicos muy fluctuantes y regidos bajo una demanda flexible .

Ha dicho la Corte que la tercerización laboral en Colombia es «un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas», siempre que se funde «en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero». Por tanto, «no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaboralizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades» (CSJ SL467-2019).

2. La tercerización laboral a través de la figura del contratista independiente (art. 34 CST): presupuestos y desviaciones

En Colombia la tercerización laboral en la modalidad de colaboración entre empresas, tiene fundamento normativo, principalmente, en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual consagra la figura del contratista independiente. De acuerdo con este precepto «son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio



determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva» (subraya propia).

Como se puede observar, para que sea válido el recurso a la contratación externa, a través de un contratista independiente, la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.

Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como «hombre de paja» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.

Por tanto, si bien la tercerización laboral es legítima, lo que no es legal es que a través de dicha figura las empresas se desprendan de sus plantillas para entregarlas a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, bien sea que adopten la forma de cooperativas de trabajo asociado, sociedades comerciales, sindicatos (contrato sindical), empresas unipersonales, asociaciones u otro tipo de estructuras jurídicas.” (Subrayado de la Sala).

Bajo ese escenario, debe precisar este Juez Colegiado que no se advierte de parte de la demandada SALUD TOTAL EPS-S S.A., que sea objeto de reproche en su alzada el hecho de que el actor le prestó sus servicios como Asesor realizando afiliaciones al Plan Obligatorio de Salud, contrario a lo aducido por la accionada GOLD RH S.A.S. en su alzada; por lo que al haber aceptado esa situación SALUD TOTAL EPS-S S.A., considera la Sala innecesario ahondar en ese puntual aspecto, pues de acuerdo a lo normado en el artículo 24 del C.S.T., al estar acreditada la prestación del servicio a favor de esa encartada, se parte de la presunción de que se trató de un contrato de trabajo, evento en el cual tiene a su cargo desvirtuar esa presunción, tal como lo determinó la falladora de primer grado.

Ahora, en aras de verificar si se desvirtuó esa presunción legal, en encuentra que se aportó certificación laboral adiada el 26 de febrero de 2017, la que fue suscrita por la Jefe de Recursos Humanos de GOLD RH S.A.S., en la que certifica que el



demandante estuvo vinculado con esa demandada desde el 10 de junio de 2015 hasta el 26 de febrero de 2017, ejerciendo el cargo de Asesor Junior. Igualmente, se encuentra el contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre el actor y la referida sociedad el 10 de junio de 2015, para desempeñar el cargo de Asesor Novato, contrato que en su cláusula primera (Fl. 12, 121 a 126 - archivo 001), señala:

"(...) Por lo tanto EL(LA) TRABAJADOR(A) se obliga a: a) A poner al servicio del empleador toda su capacidad normal de trabajo, en forma exclusiva en el desempeño de las funciones propias del cargo de: ASESOR NOVATO y en las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las órdenes e instrucciones que le imparte el empleador o sus representantes en virtud del contrato de mandato celebrado entre EL EMPLEADOR Y SALUD TOTAL EPS S.A quien en este contrato se denominara EL CLIENTE y b) A no prestar directa ni indirectamente servicios laborales, o de prestación de servicios de carácter civil o comercial a otros empleadores, ni a trabajar por cuenta propia en el mismo oficio, durante la vigencia de este contrato, de tal forma que, no podrá desempeñarse en labores que impliquen agenciamiento a venta de planes de salud a de otras entidades, ni a trabajar por cuenta propia en el mismo oficio." (Subrayado fuera de texto).

De la misma forma, obran en el plenario documentos suscritos o emanados por GOLD RH S.A.S. al actor; tales como, orden de ingreso, otrosí al Contrato de Trabajo fechado el 1º de noviembre de 2016, desprendibles de pagos de nómina de junio de 2015 a febrero de 2017, pagos de aportes a Seguridad Social, liquidación definitiva y carta de terminación del contrato de trabajo de 24 de febrero de 2017. (Fls. 13, 14, 127, 128 a 132, 133 a 152, 153 a 161 y 162 – archivo 001).

También, se allegó Contrato de Comodato Suscrito entre las demandadas SALUD TOTAL EPS-S S.A. en calidad de comodante y GOLD RH S.A.S. en condición de comodatario, calendado el 1º de enero de 2014 en la que la primera entrega a la segunda a título de comodato bienes muebles, los cuales tienen como único destino la ejecución del contrato de mandato pactado entre esas dos encartadas, según se indica en las cláusulas primera y segunda del referido contrato. (Fls. 224 a 239 – archivo 001). Igualmente, se aportó el mencionado contrato de mandato fechado el 1º de enero de 2014, pactado entre SALUD TOTAL EPS-S S.A. como mandante y GOLD RH S.A.S. como mandataria, en la que el mandante confiere al mandatario el encargo de promocionar las afiliaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, conforme al proceso comercial que el mandante le confiere, lo cual será a través de personas capacitadas, según se expone en la cláusula primera del mencionado contrato. (Fls. 240 a 254 – archivo 001).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De la misma forma, en el transcurso del proceso se recibió el interrogatorio de parte del demandante, quien manifestó que suscribió contrato de trabajo con GOLD RH S.A.S., el cual consistía básicamente en realizar afiliaciones al Plan Obligatorio de Salud, trabajo que realizó todo el tiempo a nombre de SALUD TOTAL EPS. Igualmente, sostuvo que debía realizar actividades de postventa las que consistían en visitar empresas, hacer afiliaciones al P.O.S. de los empleados de las empresas o personas independientes a SALUD TOTAL, diligenciar los formularios de afiliación, entregar carnés, sin que tuviesen un área definida.

Seguidamente, relató que se reunían a las 7:00 a.m. en las instalaciones de la oficina principal de SALUD TOTAL, en el Área Comercial con el Gerente de Cuenta, el cual daba instrucciones e información de cómo iban con la producción, recogía los formularios y se tramitaba todo lo relacionado con las afiliaciones; afirmando el actor que siempre identificó a dicho Gerente como funcionario de SALUD TOTAL, porque todas las directrices y el desarrollo de las mismas las hacía la Gerencia de esa entidad, las cuales provenían de la Gerencia Comercial y la Gerencia Regional Comercial de esa encartada, precisando que no tenía conocimiento del vínculo laboral del Gerente de Cuenta. A su vez, refirió que para permisos, licencias, vacaciones siempre se coordinaba a través del Gerente de Cuenta con RH todo el proceso, pero de acuerdo con la programación de SALUD TOTAL EPS, y que los procesos disciplinarios eran vigilados por este Gerente de Cuenta, mismo al que le debían rendir informes en las instalaciones de SALUD TOTAL.

Que dicho Gerente de Cuenta hacía llamados de atención por no asistir o no cumplir las metas, y que también estaban bajo la directriz de la directora comercial de SALUD TOTAL, señora SONIA GROSSO, la cual se reunía con ellos varias veces al mes para indicarles cuales eran las políticas comerciales de SALUD TOTAL. Por último, dijo que reportaban el número de visitas a las empresas o las actividades que hacían, pero no se reportaban gastos de transporte en ningún momento.

Igualmente, se recibió la declaración de DIANA ANDREA CADENA CANO, quien expuso que conoce al demandante porque fueron compañeros de trabajo en la EPS SALUD TOTAL, asimismo, expuso que el actor comercializó productos como afiliaciones a la EPS SALUD TOTAL, que realizaba visitas comerciales, y asistían a reuniones todos los días de 7:00 a 9:30 con el jefe comercial y el Grupo Comercial



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

para generar los ingresos a SALUD TOTAL, que era para quien prestaban sus servicios.

Adujo que el jefe comercial del gestor era NICOLAI CAMACHO, indicando en inicio que laboraba para SALUD TOTAL, sin embargo, seguidamente dijo que creía que los directores comerciales trabajaban para GOLD RH. Expuso que el demandante y ella prestaban sus servicios en las oficinas de SALUD TOTAL, ubicadas en las Américas con Avenida 68 y tenían las reuniones todos los días a las 7:00 a.m., seguidamente se hacía una reunión con todo el grupo comercial y después salían a visitar las empresas, incluso en las horas de la tarde a veces eran citados a reuniones de lunes a viernes y sábados ocasionalmente.

Que el demandante tenía que cumplir metas; que los trabajadores eran divididos en tres cargos, asesor novato, medio y profesional, y dependiendo de los usuarios en el mes tenían unas metas comerciales por cumplir; que no recuerda en qué nivel estaba el promotor. Señaló que devengaban una suma de dinero adicional por las afiliaciones que efectuaban y que dependiendo de la cantidad de usuarios que hicieran para la EPS, les pagaban una comisión por venta o incentivos, la cual no se llamada directamente comisión, usaban la figura de incentivos o medios de transporte, reiterando que se generaban por la cantidad de afiliaciones que se hicieran en el mes.

Del examen de los referidos medios de convicción, se advierte sin asomo a equivoco, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T. y de la S.S., que el demandante prestó sus servicios a la demandada SALUD TOTAL E.P.S.-S S.A., contrario a lo referido por GOLD RH S.A.S. en su apelación, además del contrato de trabajo se estableció como viene de verse, que tales servicios debían ser prestados de manera exclusiva a la E.P.S. encartada, a la cual tenía que acudir a sus instalaciones a diario a reuniones en las cuales recibía instrucciones para el desarrollo de sus funciones, como lo sostuvo la testigo DIANA ANDREA CADENA CANO, testigo que si bien fue tachada de sospechosa en atención a que se dijo que había impetrado demanda en contra las accionadas, lo cierto es, que su declaración se avizora imparcial, sin viso alguno de querer favorecer al gestor como lo expuso la *a-quó*, ofreciendo así credibilidad a esta Colegiatura.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Además, el actor no confesó haber recibido instrucciones de parte de personal de GOLD RH, pues en su declaración dijo que siempre identificó al Gerente de Cuenta del cual recibía directrices como alguien vinculado a SALUD TOTAL, adicionalmente, *a contrario sensu* de lo sostenido por las accionadas en su apelación, debe decirse que el documento contentivo del contrato de trabajo o cualquier otro, no puede dar cuenta en ultimas de cómo se desarrolló en realidad la relación laboral entre el actor y las demandadas, menos aún, que ese documento sea prueba solemne para determinar la existencia de la relación laboral como lo sostiene GOLD RH en su apelación, pues en materia laboral se aplica el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.

De otro lado, no se puede soslayar el hecho que las accionadas habían suscrito contrato de comodato con el fin de que GOLD RH hiciera uso de bienes de la E.P.S., es decir, que esa demandada no hacia uso de sus propios elementos y espacios para llevar a cabo la labor de realizar afiliaciones al Plan Obligatorio de Salud, pues utilizaba los de la EPS, además el contrato de mandato da cuenta de que esa accionada tercerizó un proceso propio del giro ordinario de sus actividades, como lo son la realización de las afiliaciones al régimen contributivo de salud, lo cual si bien es permitido entre otras normas, por el Decreto 1485 de 1994 al cual hizo alusión la EPS.

Lo cierto es, que en el *sub lite* no se demostró que GOLD RH S.A.S. actuó como un contratista independiente y por ende un verdadero empleador, asumiendo por su cuenta y riesgos la labor encomendada, realizándola con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva, pues se recuerda que lo que se pudo establecer es que el gestor recibía directrices para la ejecución de sus funciones de parte de personal de la EPS demandada, sin que se pudiese comprobar de manera fehaciente que estaban vinculados con GOLD RH, pues la testigo dijo que creía que eran personas que laboraban para esa accionada, sin que obre prueba contundente que permita inferir tal aspecto.

Así las cosas, no se puede concluir que la demandada SALUD TOTAL EPS-S, haya desvirtuado la presunción legal establecida en su contra, la cual opera en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, pues de las probanzas arrimadas al plenario se advierte que quien dirigió y se benefició de los servicios prestados por el actor fue SALUD TOTAL, la cual fungió como un verdadero



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

empleador al ejercer el poder subordinante, lo que conlleva a determinar que GOLD RH S.A.S. actuó como un simple intermediario, siendo así solidariamente responsable de las condenas impuestas en primera instancia, al no haber anunciado tal condición en el contrato que suscribió con el actor, conforme lo normado en el numeral 3º del artículo 35 del C.S.T.; sin que sea necesario examinar si el objeto social de las encartadas guarda identidad, pues ello procede en el caso de los contratistas independientes de que habla el artículo 34 *ibidem*, situación que como ya se dijo no fue la condición en la que se probó actuó esa convocada a juicio, razonamientos que conllevan a confirmar la decisión de la juez de instancia en tal sentido.

d. De los Pagos Constitutivos de Factor Salarial:

Corresponde a renglón seguido, estudiar si los rubros que pagó la pasiva por concepto de medios de transporte son constitutivos de salario, conforme lo concluyo la *a quo*; argumentando que encontró demostrado que ese concepto se pagaba como contraprestación directa del servicio, pues se causaba por cada afiliación que realizara el gestor, sin importar que el desplazamiento y que no que no realizara la afiliación. Por su parte la demandada GOLD RH S.A.S. en su alzada, expuso que tal rubro no corresponde a comisiones, pues se trata de pagos por ir ciertos lugares a realizar sus actividades sin que el demandante tuviese que asumir ese costo, lo que es permitido de acuerdo con lo normado en el artículo 128 del C.S.T. y el artículo 17 de Ley 344 del 1996, iterando que no son pagos constitutivos de trabajo.

Así las cosas, en lo concerniente al verdadero origen de los pagos por fuera del salario y sus efectos, se tiene que el artículo 127 del C.S.T. establece que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte. Como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones.

A su vez, el artículo 128 del C.S.T. establece que no constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador por concepto de prima,



de bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, así como lo que reciba en especie no para su beneficio, sino para el desempeño de sus funciones, como gastos de representación, medio de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. También se contempla que los beneficios extralegales, aunque siendo habituales, las partes en forma expresa pactan que no constituye salario, serán excluidos.

En punto de lo anterior, se memora que el órgano de cierre de esta especialidad ha reiterado entre otras, en sentencias SL13707-2016, Radicación No. 52923 de 17 de agosto de 2016, que el carácter salarial de un pago no depende de la denominación que le hayan dado las partes, y menos aún de la voluntad autónoma del empleador, sino de la inequívoca circunstancia de que se entregue para retribuir el servicio personal o no del trabajador.

De la misma forma, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL5159-2018, Radicación No. 68303 del 14 de noviembre de 2018, señaló sobre el tema:

"CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO

"Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.

"[...]

"LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES

"El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

"La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

(...)



“[...] Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

“[...]

“LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

“Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.”

Para analizar el asunto, se procede a verificar la cláusula tercera del contrato de trabajo suscrito por el demandante y la demandada GOLD RH S.A.S., el 10 de junio de 2015 (Fls. 122 – archivo 001), el que en su literalidad indica:

“TERCERA, MEDIOS DE TRANSPORTE, EL EMPLEADOR reconoce a y pagará en favor de EL (LA) TRABAJADOR(A) como medios de transporte los gastos de transporte que en la gestión de afijación efectiva realice, tales como desplazamientos a diferentes lugares para realizar los contactos, para diligenciar formularios; para entrega de carnets, para asesoría de producto, entre otras actividades conexas, y en las fechas de corte dispuestas; las sumas sobre, cada-cotizante que cumplan las siguientes condiciones a saber: a) Que las afiliaciones sé hagan en aquellas ciudades y municipios en donde el cliente tenga red de prestadores de servicios activo. b) Que las afiliaciones se efectúen a trabajadores independientes, dependientes o pensionados de personas jurídicas debidamente constituidas y registrada legalmente, con Número de Identificación Tributaria asignado (NIT), y que sea de carácter privado. Las condiciones de este literal deberán cumplirse conjunta y no optativamente. Si se trata de afiliación de trabajadores independientes, afiliados a través de agrupadora, el medio de transporte solamente se generará, si la afiliación y pago de la autoliquidación se efectúan a través de una entidad agrupadora debidamente constituida como persona jurídica y con Número de Identificación Tributaria asignado (NIT), autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud, y debidamente autorizada por la Vicepresidencia de Mercadeo y Ventas o quien haga sus veces, c) Correcto diligenciamiento de todos los formularios del periodo, d) Que la asignación de IPS primaria y A.R.L se haya efectuado mediante el diligenciamiento del espacio correspondiente en el formulario de inscripción; e) Anexos legales y contractuales debidamente radicados; f) Pago, por parte del cotizante de la correspondiente cotización o aporte previo, por la totalidad de los días del mes respectivo; g) Compensación efectuada ante el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA, la cual debe haberse efectuado por mes completo, lo cual solo sucede en el evento en que la cotización se efectúe por los



República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

30 días del respectivo mes PARAGRAFO PRIMERO: Estos medios de transporte únicamente se pagarán una vez, por afiliación de cada cotizante, independientemente de las renovaciones de la afiliación inicial que los afiliados realicen posteriormente. PARAGRAFO SEGUNDO: En el evento en el cual EL EMPLEADOR pague a EL(LA) TRABAJADOR(A), medios de transporte por un usuario que haya compensado, y al mes siguiente dicho usuario sea reportado por FOSYGA como multi-afiliado, EL(LA) TRABAJADOR(A) queda obligado a devolver el valor correspondiente al medio de transporte pagado por dicho usuario compensado. Así las cosas, EL EMPLEADOR queda desde ahora expresamente facultada para descontar este valor de los medios de transporte que posteriormente sean pagados al asesor. PARAGRAFO TERCERO: CARÁCTER NO SALARIAL. Las partes de manera expresa reconocen y aceptan que los beneficios y/o auxilios mencionados en la presente cláusula no constituyen salario y que por lo tanto no se tendrán en cuenta como base para efectos de liquidación de prestaciones sociales, indemnizaciones, vacaciones o cualquier otra acreencia laboral a cargo de EL EMPLEADOR y en favor de EL(LA) TRABAJADOR(A), que de conformidad con la ley laboral, deba calcularse con base en el salario devengado por EL(LA) TRABAJADOR(A) y de conformidad con lo establecido por los artículos 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, norma subrogada por los artículos 15 y 16 de la ley 50 de 1990 y el artículo 17 de la Ley 344 de 1996 ni para la liquidación de aportes al sistema de seguridad social integral y aportes parafiscales."

Adicionalmente, se observa que, para los meses de agosto a diciembre de 2015, enero a abril, junio a diciembre de 2016 y enero de 2017 se efectuaron pagos al gestor por concepto de “auxilio no salarial para medios de transporte”, según se corrobora de los comprobantes de pago que se aportaron a folios 135 a 152 - archivo 001.

Entre tanto, la testigo DIANA ANDREA CADENA CANO quien fue compañera de trabajo del actor, refirió que ellos devengaban una suma de dinero adicional por las afiliaciones que efectuaban y que dependían de la cantidad de usuarios que afiliaran a la EPS, por lo cual les pagaban una comisión por venta o incentivos, la cual figuraba como incentivos o medios de transporte, corroborando así la versión del actor quien señaló que las visitas a las empresas o las actividades que hacían las reportaban, pero no así los gastos de transporte.

De acuerdo a lo expuesto en precedencia, si bien se puede colegir que desde la misma suscripción del contrato de trabajo, las partes acordaron en la cláusula tercera denominada medios de transporte, que tal concepto no sería constitutivo de salario; también lo es, que al contrastar el contenido de dicha estipulación con las funciones que el demandante desempeñó para el extremo pasivo, puede determinar la Sala que tal incentivo constituye factor salarial, puesto que fue concebido para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

retribuir directamente el servicio prestado, en tanto, estaba relacionado con el número de afiliaciones que realizara, lo que se corrobora con mayor precisión en el parágrafo primero de la cláusula 3^a del contrato de trabajo, el cual señala que esos medios de transporte únicamente se pagaran una vez, por afiliación de cada cotizante, situación que se acompasa con lo dispuesto en el Art. 127 del CST. Misma conclusión a la que ha arribado el Alto Tribunal al abordar el estudio de pretensión similar a la aquí debatida en sentencias con Radicado No. 38832 de 12 de julio de 2011; SL1430-2018 y SL1430-2021.

Adicionalmente, se puede establecer que efectivamente fue pagado de manera periódica un monto durante la vigencia del contrato del actor, bajo el concepto de auxilio no salarial para medios de transporte, según se observa de los desprendibles de nómina aportado al plenario; luego, indudablemente remuneraba el servicio para el cual fue contratado el demandante, pues como ya se dijo estaban relacionados con la cantidad de afiliaciones efectivas al POS que este efectuará, sin importar los desplazamientos que realizara aunque no se efectivizara la afiliación, siendo el fin del mismo obtener nuevos afiliados a la EPS, por lo que efectivamente constituye factor salarial y debió ser tenido en cuenta para liquidar prestaciones sociales, vacaciones y seguridad social integral, tal como lo concluyó la Juez de primer grado.

e. De la Indemnización Moratoria y la Sanción por No Consignación de las Cesantías:

Sobre el asunto, debe decirse que tratándose de este tipo de indemnizaciones, tiene como finalidad proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que estas conductas pudiesen causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 C.S.T., y la sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

No obstante lo anterior, precisa la Sala que las citadas indemnizaciones no operan de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL4897-2021, Radicación No. 84958 del 26 de octubre de 2021, entre otras.

En lo atinente al análisis de la buena fe como determinante para que opere la imposición de la indemnización moratoria y la sanción por no consignación de las cesantías en un Fondo, debe memorarse lo sostenido por el órgano de cierre de esta especialidad; en sentencia SL2833-2017 Radicación No. 53793 del 1º de marzo de 2017, en la que dijo:

"Del mismo modo, cabe destacar, que, en lo referente a la sanción por la no consignación al fondo de cesantías consagrada en el num. 3º art. 99 de la Ley 50 de 1990, es criterio de la Sala que, al igual que la del artículo 65 del CST, por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador."

Reiterándose que, la imposición de dichas sanciones debe estar precedido de un análisis acorde con las particularidades de cada caso, conforme se ha señalado entre otras, en sentencia SL3614-2020, Radicación No. 84011 de 9 de septiembre de 2020. Acorde con lo anterior, se observa que las enjuiciadas al contestar la demanda, se opusieron al pago de las indemnizaciones deprecadas. Por su parte, el gestor en su alzada sostiene que no se demostró la buena fe de las demandadas, dado que se opusieron a las pretensiones de la demanda y no propusieron formula conciliatoria, procediendo la condena al pago de tales condenas.

Sobre el asunto, considera la Sala que la *a-quo* no erró al absolver a las encartadas del pago de tales indemnizaciones, ya que es viable que las Entidades Promotoras de Salud en virtud de la contratación con GOLD RH S.A.S., estimara que la misma fungió como empleadora, la cual además solucionó al demandante lo que creyó deber como lo expuso la Juez de primer grado, como quiera que las partes habían acordado que el concepto de medios de transporte no era factor salarial, de ahí, que no se denota un actuar desprovisto de buena fe de parte de las accionadas, sin que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se pueda tomar como mala fe la pasiva el hecho de haberse opuesto a las pretensiones de la demanda o no haber propuesto fórmula conciliatoria, pues tal actuación procesal, no conlleva a la imposición de tales condenas, pues tal proceder hace parte del derecho de defensa y contradicción de la parte demandada.

Colorario de lo anterior, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya *Carlos Alberto Cortes Corredor*
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral **1100131050 26 2020 00133 01**
Demandante: **JAIME CUELLAR CUELLAR**
Demandados: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.,
COLFONDOS S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.**
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en contra de la sentencia proferida el 29 de junio de 2022 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JAIME CUELLAR CUELLAR promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con la finalidad que se declare la nulidad del contrato de vinculación que celebró con los fondos privados de pensiones convocados a juicio, por la omisión a su deber de información lo que impidió que tomara una decisión adecuada para su futuro pensional; además,



se declare que debe retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la demandada COLPENSIONES retrotrayendo las cosas a su estado inicial, y se declare que los fondos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad demandados le prestaron sus servicios de forma deficiente, negligente e inadecuada incumpliendo sus obligaciones.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a que trasladen la totalidad de los aportes que realizó, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES; igualmente se condene a los fondos privados a pagar los perjuicios que le causaron con ocasión de la negligente e inadecuada prestación de sus servicios, por el evidente incumplimiento de sus deberes y obligaciones, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 16 de octubre de 1964 y que se afilió y efectuó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a través de diferentes empleadores entre el 29 de agosto de 1984 y el 29 de agosto de 1996. De otro lado, indicó que en septiembre de 1996 estando al servicio de la Compañía Agrícola de Seguros S.A., fue abordado por un funcionario de PORVENIR S.A., promocionando la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de esa administradora.

Relató que dicho asesor le expuso que le era más provechoso trasladarse a ese fondo, en tanto era sólido financieramente, lo que no sucedía con el ISS; además, en esa administradora podría definir la edad de pensión a su voluntad, y su mesada sería más alta, máxime que el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no respondía si el afiliado fallecía antes de cumplir la edad y semanas requeridas, ni cuando existían herederos mayores de 25 años, la que por demás no tenía reservas suficientes para garantizar pensiones futuras.

Adujo que el asesor no le brindó información transparente, completa, clara, veraz y concisa, pues no le indicó qué capital debía ahorrar para poder pensionarse en ese régimen con la mesada pensional a la cual aspiraba al finalizar su vida laboral, ya que le afirmó que el Régimen de Ahorro Individual



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

con Solidaridad brindaba mejores condiciones pensionales que las del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS; tampoco le realizó una proyección de la mesada que recibiría con el salario que percibía en ese momento, y que tampoco el ISS hoy COLPENSIONES lo asesoró previo al traslado de régimen; por tanto, en un claro vicio del consentimiento firmó la solicitud de vinculación a PORVENIR S.A. en septiembre de 1996 a la edad de 32 años.

Adujo que PORVENIR S.A. no le entregó copia de los derechos y deberes de los afiliados y de la administradora, conforme lo exige el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, y que la vinculación no señalaba información sobre los riesgos o consecuencias del traslado de régimen pensional, luego, la solicitud de traslado a PORVENIR S.A. se realizó sin el cumplimiento de los requisitos legales y en perjuicio del afiliado – consumidor financiero, además no le prestó ninguna asesoría durante el curso de la irregular vinculación a esa AFP.

Seguidamente, señaló que el 26 de noviembre de 1998 se trasladó al fondo de pensiones COLMENA, ahora PROTECCIÓN S.A., la cual incurrió en las mismas falencias que el anterior fondo, la cual no le explicó que podía trasladarse de régimen diez (10) años antes de cumplir la edad para pensión. Más adelante, se trasladó el 11 de agosto de 2000 a COLFONDOS S.A., el 8 de febrero de 2012 nuevamente se trasladó de manera horizontal a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., administradoras que igualmente fallaron en su deber de información.

Refirió que al consultar sobre su posible derecho pensional ante SKANDIA S.A. se le indicó que obtendría una mesada pensional de \$1.888.000, en tanto, en el ISS sería de \$4.700.000, siendo evidente que de haber recibido la debida asesoría no se habría trasladado de régimen, por último, dijo que el 27 de diciembre de 2019 radicó ante COLPENSIONES, reclamación administrativa solicitando su retorno a ese régimen, pedimento que fue despachado de manera negativa por la entidad. (Fls. 4 a 30 archivo 001 y archivo 002).

Habiendo sido remitida por reparto las presentes diligencias inicialmente al JUZGADO VEINTICINCO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, el titular de ese estrado judicial se declaró impedido para conocer el asunto, siendo remitido



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

al JUZGADO VEINTISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ el cual asumió el conocimiento y admitió la demanda. (Fls. 103 a 104, 107 a 109 archivo 001).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, sosteniendo que la afiliación del actor fue consecuencia de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones, siendo el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad su elección. En esa medida, los asesores de ese fondo le brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen y las diferencias con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, e inexistencia de perjuicios. (Fls. 169 a 189 – archivo 001).

A su turno, la demandada SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que el actor se afilió a ese fondo de pensiones el 8 de febrero de 2012 como traslado de COLFONDOS S.A., afiliación que se encuentra vigente, luego, al ser la selección de régimen dentro del sistema general de pensiones libre y voluntaria, ello conlleva a que aceptó las condiciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, máxime cuando su traslado a ese fondo provino de un traslado horizontal y no del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló como excepciones las que denominó como SKANDIA S.A. no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, prescripción, buena fe y la genérica. (Fls. 252 a 274 archivo 001).

Por su parte, COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en el libelo introductorio, indicando que el traslado de régimen del demandante se realizó de manera libre y voluntaria, por tanto, el vicio en el consentimiento debe ser probarse en el trámite procesal.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (Fls. 390 a 402 archivo 001).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas pretensiones de la demanda, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió el promotor, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado, así, tal manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Como excepciones, formuló 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, inexistencia de obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derecho de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (Fls. 420 a 442 archivo 001).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Igualmente, se observa que SKANDIA S.A. efectuó llamamiento en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., aduciendo que en caso de ser condenado esa aseguradora deberá reembolsar los valores pagados por concepto de seguro previsional. (Fls. 320 a 323 archivo 001). El cual fue aceptado mediante auto de 12 de febrero de 2021, mismo proveído en el que se tuvo por no contestada la demandada a la convocada a juicio PORVENIR S.A. (Fl. 478 a 480 archivo 001). Decisión que fue repuesta por el juzgado de origen al desatar el recurso de reposición que interpuso PORVENIR S.A. en proveído de 18 de agosto de 2021, misma providencia en la que se tuvo por contestado el llamamiento en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (Fl. 802 a 803 archivo 001).

Acorde con lo anterior, se encuentra que la demandada PORVENIR S.A. se opuso a todas pretensiones de la demanda, argumentando que el traslado de régimen que realizó el actor en 1996 fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, lo que se puede apreciar en la solicitud de vinculación; decisión que ratificó con los diferentes traslados horizontales que efectuó.

Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (Fls. 482 a 524 - Archivo 001).

La llamada en garantía toda vez que MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., oponiéndose a las pretensiones del escrito inaugural y del llamamiento en garantía, refiriendo que no intervino en la asesoría del traslado de régimen pensional, toda vez que la obligación estaba a cargo exclusivamente de la administradora de pensiones que efectuó el traslado de régimen pensional, advirtiendo que SKANDIA solo se afilió con posterioridad, por tanto, la aseguradora previsional es ajena a cualquier actuación relacionada con el traslado, dado que el objeto de la póliza es amparar sumas adicionales para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, sin que en el clausulado se hubiese acordado las pensiones de vejez, así como las incidencias que ellas generen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como excepciones frente a la demanda propuso las de inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada, prescripción y la innominada o genérica. En cuanto al llamamiento en garantía formuló los de improcedencia del llamamiento en garantía, inexistencia de consecuencias al asegurador, frente al deber de información, improcedencia de devolución de primas por ser plenamente valido el contrato de seguro previsional e, inexistencia de obligación legal que impusiera a la aseguradora previsional el asesoramiento en el traslado de régimen pensional. (Fls. 711 a 728 archivo 001).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de junio de 2022, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado efectuado por el demandante JAIME CUELLAR CUELLAR identificado con cedula de ciudadanía 79.341.457, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES SKANDIA hoy OLD MUTUAL a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a los fondos de pensiones PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS a trasferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que acepte dichas transferencias y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS DE VIDA de las pretensiones incoadas en su contra por parte de SKANDIA hoy OLD MUTUAL, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR, PROTECCIÓN, SKANDIA hoy OLD MUTUAL y COLFONDOS, a razón de un 25% a cargo de cada una, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000).

OCTAVO: CONDENAR en costas de esta instancia a el fondo de pensiones SKANDIA hoy OLD MUTUAL a favor de la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS DE VIDA, fijándose como agencias en derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000)."

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia consideró en primer lugar que el presente proceso debía ser estudiado a la luz de la ineeficacia y no de la nulidad según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; asimismo que la misma Alta Corporación ha determinado que para que se tenga como una afiliación libre y voluntaria esta debe estar precedida de una información de los riesgos del traslado, así como ventajas y desventajas de cada régimen, con la finalidad de generar una decisión informada.

Del mismo modo, señaló que al existir el deber de información este se debe analizar dependiendo del periodo histórico en el que se realizó la vinculación y que para el efecto el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la decisión informada derivada de la entregada por el fondo, carga que corresponde a las AFP.

Seguidamente, expuso que el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 establece que para que el traslado surta efectos se debe contar con una manifestación escrita del trabajador en la cual conste que la selección del fondo se hizo de manera libre, espontánea y sin presiones. También trajo a colación el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, el cual ordena que los fondos de pensiones deben poner de presente a sus afiliados el reglamento del fondo.

Descendiendo al caso en concreto, enuncia que se encuentra el formulario de afiliación del actor con PORVENIR S.A., sin embargo, del mismo solamente se extraen sus datos personales. Así las cosas, al no encontrar acreditado el cumplimiento del deber de información por parte de PORVENIR S.A. al momento del traslado, declaró la ineeficacia del traslado efectuado por el demandante, con todos sus efectos consecuenciales, sin que los diferentes trasladados horizontales que efectuó el demandante a los demás fondos, que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fueron llamados a juicio, convalide la falta de información que se debió suministrar al momento del traslado de régimen pensional.

En cuanto al llamamiento en garantía que formuló la demanda SKANDIA S.A.a MAPFRE, absolió a la aseguradora de las pretensiones elevadas en su contra, indicando que el seguro previsional contratado no incluye el aseguramiento de condenas impuestas por este concepto y además la llamada en garantía no participó ni tiene relación directa con el derecho pensional del actor y es el fondo el que debe responder con su propio peculio por tales condenas. Por último, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas y agencias en derecho a los fondos privados.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primer grado y se la absuelva de las condenas emitidas en su contra.

Como sustento de su disenso expuso que, sí cumplió con el deber de información exigido para el año 1996, lo cual se puede colegir del interrogatorio de parte que depuso el demandante, el cual manifestó que el asesor le entregó la información correspondiente previo al traslado, respecto las condiciones generales del sistema pensional, además allegó el formulario de afiliación, único documento que se le exigía a las AFP para demostrar que habían cumplido con todos sus obligaciones, de ahí que no cuente con otra prueba, sin que se le pueda obligar a lo imposible. Además, el desconocimiento de la ley no es excusa, pues el actor debía conocer como una obligación legal la información que le permitiera tomar la decisión de trasladarse del régimen pensional, sin que se pueda decir que ese fondo abuso de su posición dominante.

En cuanto a los gastos de administración, sostuvo que en el régimen de prima media al igual que en el régimen al que pertenece, se destina un porcentaje de la cotización a financiar los gastos de administración y los seguros previsionales, lo que quiere decir que tales sumas no forman parte integral de la pensión de la vejez, rubros que están sujetos a prescripción, lo cual



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

corroboró la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA en Concepto del 17 de enero del 2020, de modo que, de proceder la ineeficacia o la nulidad del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin que proceda la devolución de prima de seguro previsional y la comisión de administración teniendo en cuenta que en el tiempo en el que estuvo afiliado el demandante cumplió con su labor de administración, la cual realizó de buena fe, lo que se acompaña con lo reseñado en el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, permite concluir que existe una falta de legitimación en la causa por activa para solicitar el traslado de estas sumas y la segunda es que no puede proceder a la devolución de las sumas en virtud de sus facultades *ultra* y *extra petita*, pues tales facultades tienen un límite, de donde se extrae que esas nunca han sido un derecho del afiliado por lo que no se podía emitir condena en tal sentido, por ende, solicita se declare probada la excepción de compensación pues ya entregó todos los fondos que se encontraban en la cuenta de ahorro individual del afiliado, en virtud de los traslados horizontales que realizó el demandante, máxime que ese régimen entrega rendimientos más altos que los que se generan en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, excesos con los que deben compensar las sumas a las que se condena por gastos de administración o indexación a cualquier título.

Por su parte, la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., manifiesta su inconformidad frente a la condena por gastos de administración, ya que no se tuvo en cuenta los dispuesto en el artículo 7º del Decreto 3925 de 2008, en donde se indica taxativamente cuáles son los valores que se deben trasladar al momento en el que operé un traslado entre regímenes del sistema general de pensiones, precepto legal que no consagra los gastos de administración como concepto a devolver, lo que guarda consonancia con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, rubros que además no se encuentra a disposición de esa administradora, por lo que de insistirse en tal condena se le generaría un perjuicio fiscal financiero a esa demandada y al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Expone que, en caso de confirmarse la condena proferida, se estudie el fenómeno prescriptivo sobre tal emolumento, ya que los gastos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

administración no son un porcentaje que están destinados a cubrir la pensión del demandante, además el actor no elevó ninguna reclamación al respecto y los mismos constituyen derechos crediticios, los cuales prescriben.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineffectiveness of the transfer, pointing out that “ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineffectiveness of the transfer to an AFP by non-compliance with the duty of information. In fact, the rule of jurisprudence [...] is that the pension fund administrators must provide the affiliated with clear, certain, understandable and timely information about the characteristics, conditions, benefits, differences, risks and consequences of the change in the pension regime and, in addition, that in these processes operates a reversal of the burden of proof in favor of the affiliated. The above, repeats, regardless of whether it is or not a consolidated right, it is or not a transitional benefit, or if it is imminent or not to be pensioned, given that the violation of the duty of information is predicated before the validity of the legal act of transfer, considered in itself. This, after taking into account the particularities of each case”, criterion lastly established as binding, among others, in the tutela sentence STL3199-2020, Radicación T 58288 of March 18, 2020, in which it was concluded that:

[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineffectiveness of the transfer were not conditioned to the affiliated belonging to the transition regime, had a consolidated right or a legitimate expectation to be pensioned, since the Court had already indicated that this fact was irrelevant”.

De igual manera, in the referred providencia, it was consigned before the burden of proof, that:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó el actor el 1º de agosto de 1996, con la PORVENIR S.A. (Fl. 560 archivo 001), efectiva a partir del 1º de octubre de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 558 a 559 - archivo 001), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “*Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado*”.

Por otra parte, el actor en el interrogatorio de parte que depuso señaló que los asesores de PORVENIR S.A. arribaron a la empresa en la que laboraba y le manifestaron que los recursos del ISS no permitirían acceder a la pensión; en un lapso menor a media hora verificaban cuántas semanas de cotización tenían y les preguntaban datos personales para diligenciar el formulario de afiliación, sin suministrar más información; de otra parte que su traslado a los demás



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fondos privados se dio porque todos se ofrecieron a recuperarle unas semanas que no le aparecían con el ISS, lo cual nunca sucedió.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado del demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, luce evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1996, una *"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"*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto objeto de inconformidad de las demandadas PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en su disenso, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado."



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones no resultan prósperos los argumentos esbozados por PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciable en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión, contrario sensu a lo aducidos por los fondos de pensiones PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en su alzada.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la jueza de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).”



"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S.A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida el 29 de junio de 2022 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De la misma forma, deberán proceder las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esas administradoras, conforme se indicó en el numeral tercero de la sentencia de primer grado.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya *Carlo Alberto Cortes Corredor*
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral: **1100131050 28 2021 00062 01**

Demandante: **HECTOR JULIO CENDALES RIOS**

Demandados: **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 288.820 del C. S. de la Judicatura, en los términos y facultades en el poder a ella conferido.

Asimismo, se reconoce personería en representación de PORVENIR S.A. a la abogada PAULA HUERTAS BORDA, identificada con cédula de ciudadanía 1.020.833.703 y T.P. 369.744 del C. S. de la Judicatura, según el poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 8 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor HECTOR JULIO CENDALES RIOS promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad del traslado que efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual a través de PORVENIR S.A., y se declare que se encuentra vinculado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En consecuencia, pretende se condene a la demandada PORVENIR S.A. le informe el monto de su I.B.L. y traspase a COLPENSIONES la totalidad de aportes que realizó a ese fondo.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 22 de marzo de 1962 y que realizó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES desde enero de 1998 hasta el 27 de junio de 1998; igualmente, sostuvo que efectuó cotizaciones a PORVENIR S.A. desde octubre de 1998 hasta la fecha; empero, los promotores de las demandadas no le brindaron la debida información a su cargo, precisando que PORVENIR S.A. no le brindó una debida asesoría al momento de la afiliación a ese fondo, no se realizó la doble asesoría, ni le realizó una proyección de su mesada o de la devolución de saldos, tampoco indicó nada sobre los mecanismos de protección a la vejez. Por último, aludió que radicó revocatoria directa ante las demandadas el 24 de noviembre de 2020, solicitando la nulidad del traslado. (Archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. en su contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante a través de ese fondo es completamente válido, por cuanto le brindó la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente negar dicha afiliación y declarar la nulidad del traslado; recordando que solo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información para sus afiliados y el público en general.

Igualmente, acotó que el actor suscribió el formulario de traslado de régimen pensional de forma libre y espontánea, sin que obre prueba que sustente la nulidad o ineficacia que se depreca.

Formuló como excepciones de mérito 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. (Archivo 08).

Por su parte, COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la acción se impetraba con el fin de obtener beneficios económicos; igualmente, el traslado al RAIS se encuentra ajustado a lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de modo que existe una ratificación tácita conforme lo reglado en el artículo 1754 del C.C., pues aceptó las condiciones; igualmente, adujo que es deber de los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones estar pendientes de su estatus pensional y tampoco procede el traslado deprecado dado que le faltan diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia afectación por protección judicial SL373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la innominada o genérica. (Archivo 09).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 8 de agosto de 2022, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la ineffectuado del traslado de régimen pensional efectuado por el señor HECTOR JULIO CENDALES RIOS al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1º de noviembre de 1998, por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

intermedio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS 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 HECTOR JULIO CENDALES RIOS identificado con C.C. 17.324.022 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 (...)."

Para arribar a dicha conclusión, adujo la *a-quo* que estaba probado el traslado que realizó el actor del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del fondo de pensiones PORVENIR S.A. De otro lado, expuso que el presente caso, debe abordarse bajo la institución de ineficacias, según lo normado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los postulados jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sin que lo pueda ser a través del régimen de las nulidades, pues resulta desbordado pedir al afiliado que demuestre el vicio en el consentimiento a través de error, la fuerza o el dolo.

Acorde con lo anterior, a las AFP les corresponde la carga de acreditar la información suministrada para efectuar el traslado de régimen, esto es, si brindó una información veraz, completa y oportuna, diferenciando entre uno y otro régimen, así como las ventajas y desventajas, a efectos de garantizar la libertad de elección al potencial afiliado.

Teniendo en cuenta lo anterior, realizó un recuento de las pruebas aportadas, concluyendo que no se demostró el deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A., pues en el interrogatorio de parte que depuso la demandante, no manifestó recibir tal información, luego, no se cumplió con dicha carga



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

probatoria por parte del citado fondo, lo cual no se puede colegir del formulario de afiliación que suscribió en el traslado inicial de régimen, lo que conllevó a la declaratoria de la ineficacia del traslado.

En esa medida, dispuso la consecuencial devolución a COLPENSIONES de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico por parte de PORVENIR S.A. dado que es la administradora en la cual se encuentra afiliada en la actualidad. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, la demandada PORVENIR S.A. la apeló, solicitando se revoquen las condenas impuestas en su contra. Al respecto refirió que, si bien existe jurisprudencia amplia y pacífica sobre el deber de información, también la Alta Corporación ha señalado que se deben estudiar las particularidades que rodearon el traslado del régimen qué se reporta ineficaz.

Luego, es evidente que en el presente caso no se le dio el valor probatorio pertinente a las documentales que allegó al trámite procesal, a lo que se suma que el actor en el interrogatorio de parte expuso que en el año 1998 se le entregó una información en los términos establecidos para dicha anualidad, lo que conllevó que se trasladara de manera libre y voluntaria de régimen pensional, suscribiendo el formulario que aportó como prueba documental, y que además al gestor le incumben una serie de deberes y obligaciones, a lo que se suma que ha capacitado a sus funcionarios para que entreguen la debida información, lo cual demostró.

Adicionalmente, dijo apartarse de los argumentos expuestos por la juez de instancia frente a la devolución de los rendimientos financieros, junto con los gastos de administración y los seguros previsionales, pues no hay lugar a retornar los rendimientos financieros como quiera que son privativos del régimen de ahorro individual; y los gastos de administración junto con los seguros previsionales están contemplados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 los cuales descontó en virtud de un mandato legal.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Entre tanto, COLPENSIONES en su alzada, refirió que la sentencia de primer grado no tuvo en cuenta las obligaciones legales que tenía el trabajador de acuerdo con los establecido en el Decreto 2241 de 2010, al no tener una adecuada atención y revisión de sus negocios jurídicos al momento del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. De la misma forma, mencionó que es un agente externo a tal negocio por lo que no puede verse afectado al recibir al actor, pues ello genera una afectación a la estabilidad financiera del régimen que administra; sin que se pueda exigir documentación diferente a la que se aportó al plenario, pues ello hace más gravosa su situación al ser condenado en costas, ya que no puede disponer del traslado del demandante, el que por demás se encuentra inmerso en una prohibición legal consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo que permite a la entidad negar el traslado al demandante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.



Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.



Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido".*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineeficacia del traslado, señalando que *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineeficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto"*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

"[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineeficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó el actor el 20 de septiembre de 1998, con PORVENIR S.A. (Fl. 54 archivo 08), efectiva a partir del 1º de noviembre de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 24 a 26 - archivo 08), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *"Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, el promotor en el interrogatorio de parte que rindió señaló que estando al servicio del Municipio de Villavicencio, su empleador realizó una reunión grupal en la que les mencionó que dos asesoras de PORVENIR S.A. les explicarían lo referente al tema de la afiliación al nuevo fondo de pensiones, quienes les indicaron que probablemente el Seguro Social se liquidaría y que ese fondo era igual al que se encontraban afiliados, reunión que se extendió por espacio de 20 minutos y posteriormente cada uno de los trabajadores se afilió. De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar



	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	a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1998, una *"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"*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, *a contrario sensu* a lo aducido por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en su disenso.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto que igualmente fue objeto de inconformidad por parte de PORVENIR en su alzada, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado."

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan imprósperos los argumentos esbozados por PORVENIR S.A.

Respecto a la posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera que alega COLPENSIONES en su impugnación al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *"la acción de ineeficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción".*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineeficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la



demandado, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas de primera instancia, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto."

"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la jueza de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineffectivo, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020)."

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora."



Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia.
SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 8 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

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.

De la misma forma, deberá proceder la demandada PORVENIR S.A. antes COLPATRIA y HORIZONTE, frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esas administradoras, ya sea por el traslado de administradora que realizó a COLPATRIA, o de la fusión que llevaron a cabo HORIZONTE y PORVENIR S.A.

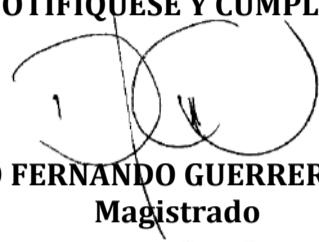


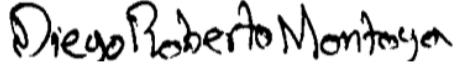
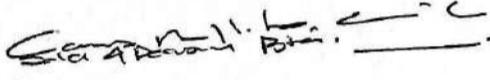
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

 
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral **1100131050 29 2021 00311 01**
Demandante: **HENRY BERNAL AVILA**
Demandados: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor HENRY BERNAL AVILA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la ineeficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administraba el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de COLFONDOS S.A.; además, se declare para todos los efectos legales nunca



estuvo afiliado a los fondos de pensiones del RAIS que fueron convocados a juicio y que debe estar afiliado a COLPENSIONES, traslado que debe ser aceptado por dicha entidad.

Consecuencialmente, pretende se condene a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado a su favor, y se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el I.S.S., al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la demandada COLFONDOS S.A., el 30 de septiembre de 1998, ello como consecuencia de la visita que recibió de parte del asesor del citado fondo privado en su lugar de trabajo, el cual se limitó a decirle que en ese régimen se pensionaría anticipadamente a cualquier edad, con una mesada superior a la que recibiría en el ISS, entidad que se iba a acabar, por lo que sus aportes se perderían si no se trasladaba a tiempo, que el trámite del bono se realizaría dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de traslado al RAIS, lo que le permitiría obtener la redención del mismo lo que le generaría réditos; así, a través de engaños y omisión de información fue inducido a suscribir el formulario de vinculación al RAIS.

También relató que el 24 de junio de 2021 se le indicó que el valor de su mesada pensional en el RAIS a la edad de 62 años sería de \$5.065.517, entre tanto, en el RPMPD sería de \$9.956.360. Seguidamente, expuso que COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A., nunca le informaron que el valor de su pensión de vejez en el RAIS dependería de su edad, la de su grupo familiar, las variables económicas del mercado financiero, la redención del bono pensional, la expectativa de vida de los beneficiarios en caso de una sustitución de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensión, del capital acumulado a la fecha del cálculo y de la tasa de rentabilidad esperada del fondo especial de retiro programado a largo plazo.

En virtud de la falta de información de las administradoras de pensiones, el 2 de junio de 2021 solicitó a COLPENSIONES la ineficacia de su traslado del RPMPD al RAIS, procediendo de la misma forma el 22 de junio de 2021 ante COLFONDOS S.A., pedimento que fue denegado por esa administradora, además, indicó que SKANDIA S.A. no le informó que podía trasladarse de régimen antes de estar a 10 años de cumplir la edad para pensionarse. Por último, señaló que ha acumulado un capital de \$997.776.958 y un total de 1400 semanas al 24 de junio de 2021.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en el libelo introductorio, indicando que se encuentra imposibilitada para aceptar como afiliado al demandante teniendo en cuenta que esta incurso en la prohibición legal preceptuada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, además con los traslados horizontales que realizó ratificó su intención de permanecer en el RAIS, conociendo claramente las ventajas y desventajas de ese régimen.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones. (Archivo 009).

Por su parte, PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen pensional del demandante fue completamente válido, máxime cuando no aporta prueba alguna que permita indicar que el traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, lo que conlleve a la nulidad del traslado. Además, al momento del traslado horizontal le informó sobre las características de ese régimen, así mismo, le explicó las características técnicas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



Como excepciones formuló 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. (Archivo 011).

A su turno, la demandada COLFONDOS S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, sosteniendo que brindó al demandante una asesoría integral y completa sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes. Por tanto, las pretensiones de la demanda carecen de fundamento jurídico y fáctico, pues no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a ese fondo se realizó bajo algún vicio del consentimiento, pues la suscripción del formulario de vinculación demuestra que el traslado se surtió de manera libre y voluntaria.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (Archivo 012).

A su vez, la demandada SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que las pruebas allegadas no evidencian alguna situación que invalide los actos jurídicos conscientes y claros que el demandante suscribió con las diferentes entidades que integran el Sistema de Seguridad Social en Pensiones; por lo que es improcedente declarar la ineficacia del traslado inicial al RAIS y sus posteriores vinculaciones horizontales.

Formuló como excepciones las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Archivo 013).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas pretensiones de la demanda, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió el promotor, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Como excepciones, formuló 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica. (Archivo 014).

En otro giro, se observa que SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. efectuó llamamiento en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., aduciendo que en caso de ser condenado esa aseguradora deberá reembolsar los valores pagados por concepto de seguro previsional. (Fls. 114 a 123 archivo 013). El cual fue aceptado mediante auto de 3 de noviembre de 2021, mismo proveído en el que se tuvo por contestada la demandada a las demás convocadas a juicio. (Archivo 015).

En esa medida, la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del libelo demanditorio, refiriendo que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se ciñó a las regulaciones normativas sobre el derecho de información, lo que debió cumplir COLFONDOS S.A. para la época del traslado, el cual se dio de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

manera libre y voluntaria, por lo que no hay lugar a declarar algún vicio en el consentimiento.

Como excepciones frente a la demanda propuso las que nombró como; el acto jurídico de afiliación al RAIS, y el de sus posteriores traslados a otras AFPS, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación del demandante a SKANDIA; prescripción de la acción de nulidad, legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional y reconocimiento oficioso de excepciones.

En cuanto a las pretensiones del llamamiento en garantía, se opuso a las mismas, en concreto frente a la devolución de las primas pagadas en virtud del contrato de Seguro Previsional existente entre SKANDIA y MAPFRE.

Como excepciones de mérito formuló las de SKANDIA frente a la acción material ejercida por la parte demandante, carece de amparo o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE; no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante SKANDIA y por lo mismo no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro (Archivo 019).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 30 de agosto de 2022, resolvió:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciere el señor HENRY BERNAL ÁVILA identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.278.197 a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS S.A., 30 de septiembre de 1998 con fecha de efectividad 1º de noviembre de 1998, por los motivos expuestos en esta providencia.

"En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

"SEGUNDO: ORDENAR a la SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor HENRY BERNAL ÁVILA por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

"TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES a recibir de la SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

"CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS. S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, la juzgadora de instancia expresó que la Corte Suprema de Justicia ha establecido un precedente jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado del régimen pensional del cual se extraen ciertas reglas que se deben observar a la hora de analizar los distintos casos, siendo la primera de estas que el deber de información ha existido desde el año 1993, y este no puede ser cumplido solamente con la firma del formulario de afiliación, y la segunda que se invierte la carga de la prueba este estando a cargo de las AFP teniendo la obligación de demostrar la información suministrada y necesaria para acreditar su deber dependiendo de la fecha en la que se produjo el traslado.

Descendiendo al caso en concreto, expresó que si bien al demandante se le informaron algunas de las características del régimen al cual se trasladó, lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cierto es que no se informaron en su integridad las características de ambos regímenes pensionales, entre ellas, cómo se liquidaban las pensiones en ambos casos, las ventajas y desventajas, lo que genera la falta de una debida información, situación que no se convalida con la suscripción de los formularios de afiliación. En cuanto a los actos de relacionamiento, dijo que esa tesis fue desestimada por la Corte Suprema Justicia, luego, la re-asesoría que se le brindó antes de entrar el actor en la prohibición legal de traslado de régimen pensional, concluyó que la misma no fue suficiente dado que no se le indicó porque razón le convenía estar en uno u otro régimen, tampoco se probó que se le haya indicado el valor de la mesada en el RPMPD y el en RAIS, pues de haber tenido tal conocimiento seguramente se habría traslado.

De otro lado, enfatizó que si bien las razones para adelantar este tipo de procesos pueden ser económicas la finalidad del derecho pensional es precisamente acceder a una pensión, por ello es imperativo que al momento de afiliarse se le explique al ciudadano como se obtiene la prestación en cada régimen para que se pueda tomar una decisión informada y de acuerdo sus condiciones particulares.

Así con todo, declaró la ineeficacia del traslado del demandante con COLFONDOS S.A. con todos sus efectos excepto la devolución de los gastos de administración y el seguro previsional, al considerar que no se generó alguna contingencia amparadas por el seguro. Igualmente, no condenó al pago de costas a las demandadas pues COLPENSIONES Y SKANDIA no tuvieron injerencia en el traslado inicial.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión, el demandante manifestó su disenso frente al numeral cuarto, en cuanto absolió de la condena en costas a las demandadas, teniendo en cuenta que las mismas son una carga económica que debe asumir quien obtuvo una decisión desfavorable, y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias de derecho, sin que sea menester que la parte contraria actúe o no, o tenga en parte la razón en la respectiva instancia, pues los artículos 361 y 366 del C.G.P., señalan que la parte vencida debe ser



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

condenada en costas, por lo que solicita se revoque el fallo de instancia en tal sentido.

Por su parte, la demandada COLPENSIONES en su alzada, solicita se ordene el reintegro a esa administradora de los valores correspondientes a los porcentajes destinadas al pago de seguros provisionales y gastos administración, conforme lo ha dispuesto la jurisprudencia en estos casos.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineeficacia del traslado, señalando que "*ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineeficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto*", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

"[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineeficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó el actor el 30 de septiembre de 1998, con COLFONDOS S.A. (Fl. 95 archivo 012), efectiva a partir del 1º de noviembre de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (folio 93 archivo 012 y folio 67 archivo 013), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “*Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado*”.

Por otra parte, el actor en la declaración de parte que depuso el gestor, señaló que en el año 1998 los fondos privados se acercaron a la empresa donde laboraba, entre ellos, COLFONDOS el cual le indicó que el ISS se liquidaría, que



debían trasladarse a los fondos privados pues allí obtendrían más beneficios, entre ellos, que se podía pensionar más joven, que no perdería sus recursos si se acababa el ISS, que podía hacer aportes voluntarios y que esos fondos eran más estables que el fondo público; refiriendo que el formulario de afiliación lo suscribió de manera voluntaria. Frente a la asesoría que recibió antes de cumplir 52 años, expuso que no se le realizó una comparación de su mesada en ambos regímenes, por lo que mantenía dudas sobre retornar al régimen de prima media.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, pues si bien dijo que suscribió el formulario de afiliación voluntariamente, no se desprende que fuera debidamente informado, además, la reasesoría que recibió de PROTECCIÓN S.A. antes de entrar en la prohibición legal de traslado (Fl. 53 archivo 014), no da cuenta que se le haya efectuado una proyección pensional que le permitiera advertir las diferencias entre ambos regímenes como lo adujo la jueza de instancia; luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de COLFONDOS S.A. al momento del traslado del demandante según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, luce evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *"la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1998, una *"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"*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP COLFONDOS S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.



Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, aspecto objeto de inconformidad de la demandada COLPENSIONES en su disenso, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado."

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, luego, acorde con tales consideraciones resultan prósperos los argumentos esbozados dicha administradora en su alzada.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

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

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

"Con relación a los efectos de la ineeficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineeficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineeficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineeficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: "*la acción de ineeficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción».*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineeficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta la parte actora, respecto a la absolución de condena en costas de primera instancia a las encartadas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura a la parte vencida



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en juicio, luego, al haber sido evidente que las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que las encartadas fueron vencidas en juicio, lo que compele a que COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., sean condenas en costas y agencias en derecho en primera instancia. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

"Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

"En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón".

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

"Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineeficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

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.

De la misma forma, deberán proceder las demandadas COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por el demandante



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

mientras estuvo afiliado a esas administradoras. Sumas de deberá recibir igualmente COLPENSIONES.

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

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya *Carlo Alberto Cortes Corredor*
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral: **1100131050 31 2021 00611 01**
Demandante: **FERNANDO FORERO HINCAPIÉ**
Demandados: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 11 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor FERNANDO FORERO HINCAPIÉ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 25 de junio de 1997 a través de COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A., debido a que no fue asesorado por ese fondo sobre las diferencias entre uno u otro régimen de pensión; e igualmente, se declare que siempre permaneció afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores correspondientes a cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos financieros causados a su favor. Asimismo, se condene a PROTECCIÓN S.A. y



COLFONDOS S.A., a reintegrar todos los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, que le hubiesen sido descontados, debidamente indexados. Se ordene a COLPENSIONES lo reciba sin solución de continuidad como afiliado, junto con los dineros producto de su retorno a ese régimen y contabilice en su historia laboral las semanas cotizadas en el RAIS. Finalmente, pretende se conde a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que nació el 13 de abril de 1964 y que efectuó aportes a pensión desde el 1º de junio de 1992, a través del Instituto de Seguros Sociales – ISS, además, mencionó que al momento del traslado al RAIS, el 25 de junio de 1997 contaba con 79.71 semanas cotizadas al ISS, pese a haber cotizado 178 semanas entre el 1º de febrero de 1994 y el 30 de junio de 1997, las cuales no aparecen en su historia laboral, por lo que están en proceso de corrección y actualización.

Igualmente, precisó que se trasladó al RAIS a través del fondo de pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 25 de junio de 1997, y que posteriormente en el año 2000 se afilió a COLFONDOS S.A., en el cual permanece en la actualidad. Igualmente, adujo que COLMENA AIG S.A. al momento del traslado del régimen pensional no lo asesoró debidamente, esto es, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensión, situación que persistió por parte de COLFONDOS S.A.

Por último, mencionó que elevó petición ante COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., solicitando la proyección de su mesada pensional y la ineficacia de su traslado, el cual fue respondido por la AFP, la cual le indicó que su mesada pensional a los 62 años sería de \$1.120.144; a su vez, denegó la ineficacia del traslado de régimen pensional; de la misma forma, el 27 de mayo de 2021 presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando el traslado de régimen sin que haya recibido respuesta. (Archivo 001).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el demandante no probó que la afiliación a la administradora COLMENA sea nula como lo alega, de modo que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y no infringe el ordenamiento legal, por ende, no procede la declaratoria de nulidad y en consecuencia, no puede regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica. (Archivo 007).

Entre tanto, COLFONDOS S.A. se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, señalando que el traslado o vinculación del demandante a ese fondo se dio con el lleno de los requisitos legales, afiliación que se surtió de manera libre y voluntaria, sometiéndose a las características y exigencias del régimen que administra, sin que existiera coacción, ni mucho menos vicios del consentimiento que afecten la validez del acto, luego, no hay lugar a declarar la nulidad del traslado. Por otra parte, indicó que no se deben retornar los gastos de administración, en tanto, esa deducción se realizó por disposición legal.

Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (Archivo 014).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas pretensiones presentadas en su contra, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo cual consta en el formulario de afiliación que suscribió el actor, acto que se realizó de manera libre y espontánea, el cual es un verdadero contrato entre las partes y en virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del Fondo y del afiliado, por lo que las pretensiones de la demanda no llamadas a prosperar.

Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, 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 de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, inexistencia de afiliación previa al régimen de prima media y la innominada o genérica. (Archivo 015).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de agosto de 2022, absolió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra por el actor y lo condenó al pago de costas y agencias en derecho.

Para arribar a dicha conclusión, la *a quo* en inicio expuso que la intervención de la Procuradora Delegada del Ministerio Público es procedente conforme lo reseñado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el artículo 16 del C.P.T. y de la S.S. Seguidamente, trajo a colación artículo 48 de la Constitución Política y la sentencia C-986 de 2009, que señalan que la seguridad social es un derecho fundamental.

Seguidamente, indicó que los presupuestos normativos vigentes para la fecha del traslado son el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el inciso 1º del artículo 271 *ejusdem*, el artículo 11 del Decreto Reglamentario 692 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, mencionando que obra en el plenario



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el formulario de afiliación a la administradora COLMENA, fechado el 25 de junio de 1997.

Más adelante, acotó que en sentencia SL1452 de 2019, Radicación No. 78852, se enfatizó sobre el deber de información que le asiste a las administradoras de pensiones desde su creación, so pena declarar ineficaz el traslado, pues el simple consentimiento del formulario afiliación es insuficiente, ya que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador sobre las características, condiciones acceso, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias del traslado; imponiendo la carga de la prueba al fondo el cual debe demostrar que cumplió con tal obligación.

En esa medida, y ante la libertad probatoria que existe en el derecho laboral, señaló que los supuestos que constituyen el fundamento de las pretensiones y las excepciones pueden acreditarse por cualquier medio probatorio. De esa forma, al referirse al interrogatorio de parte que rindió el gestor, dijo que suscribió el formulario de traslado a COLMENA en su doble condición de empleador y trabajador, pues la empresa para la cual laboraba para esa calenda era una empresa familiar, sin que sea cierto que fue obligado por el empleador para empezar a laborar; que en el aparte de cotizaciones voluntarias es señaló el valor cero (0), es decir, cuando se trasladó de régimen sabía que tenía la posibilidad de realizar cotizaciones voluntarias; y que el formulario da cuenta que podía ejercer el derecho de retracto, además, aparece información de los beneficiarios.

En cuanto al traslado a COLFONDOS S.A., también dijo que fue obligado por un nuevo empleador, pero sorpresivamente es el mismo empleador del cual es Director Médico, de modo que, es claro que al momento en que el actor se traslada de régimen, si existía un asesor pues así lo manifestó en el hecho 23 de la demanda. Además, conocía que para pensionarse se requerían semanas y edad, lo cual era de su conocimiento desde antes del traslado de régimen, sin que fuera de recibo el hecho que adujera que tampoco el fondo le había entregado información, siendo que él era el mismo empleador. Luego, encontró acreditado que la parte demandada si cumplió con la carga probatoria que le incumbía al momento de su traslado, pues tenía la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

información mínima requerida sobre las características e implicaciones del traslado de régimen, por lo que absolió al extremo pasivo de las pretensiones de la demanda y condenó en costas y agencias en derecho al gestor.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, el demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia de primer grado. Al respecto, refirió que las razones de la *a quo* para absolver a la demandadas, se basó en que el actor tenía un conocimiento mínimo para afiliarse al fondo privado, lo cual es desacertado, pues solo suscribió un formulario; además, en ningún momento confesó que su empleador lo obligó a suscribir el formulario, simplemente señaló que era un requisito para entrar a trabajar, pues la Juez no verificó que la empresa para la cual laboraba se dedicaba a ofrecer servicios de salud por medio de contrato de prestación de servicios a otras IPS o a través de ciertas entidades, lo que requería que los médicos estuvieran afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social, esto es, a salud, pensión y riesgos laborales, como lo indicó el actor, sin que eso lo diera pleno conocimiento sobre los fondos de pensiones por el hecho de ser su directo empleador.

Igualmente, señaló que el demandante era socio de la empresa SISALUD, la cual era una empresa familiar, sin que ello permita concluir que es el empleador y que tiene conocimiento de los fondos de pensiones, pues los formularios de afiliación fueron llevados a la empresa por un asesor, el cual nunca les explicó de qué se trataba la afiliación a los fondos privados o al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; además el hecho que conozca que para pensionarse se requieren semanas y la edad, no implica que tenga un conocimiento total de los regímenes pensionales.

Además, la juez de instancia impuso la inversión de la carga de la prueba al demandante y no a las demandadas, las cuales no lograron acreditar que hayan suministrado la información necesaria al momento del traslado, lo que se puede corroborar con las pruebas documentales y con el interrogatorio de parte, del cual se puede establecer que en ningún momento recibió asesoría por parte de ninguno de los fondos de pensiones en los que estuvo afiliado. De manera tal, que debe ahondarse en la carga de la prueba a cargo de los fondos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de pensiones privados, pues la decisión del traslado de régimen del gestor no estuvo motivada por un consentimiento informado, viéndose perjudicado su mínimo vital, más aún, cuando la Corte Suprema de Justicia señaló que los aportes voluntarios no subsanan la falencia de no haber recibido una formación integral al momento del traslado de régimen, lo que lo hace ineficaz, por lo que solicita que además se tengan en cuenta los fundamentos expuestos en los hechos, las pretensiones y los fundamentos de derecho de la demanda, siendo procedente declarar la ineficacia como lo afirmó la Procuradora que intervino en el trámite procesal.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Casación Laboral

cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

En punto de lo expuesto, es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero. Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineffectiveness of the transfer, pointing out that “*ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineffectiveness of the transfer to a AFP by non-compliance with the duty of information. In fact, the judicial rule [...] is that pension fund administrators must provide clear, certain, understandable and timely information to the beneficiary about the characteristics, conditions, benefits, differences, risks and consequences of the change in the pension regime, and, in addition, that in these processes operates a reversal of the burden of proof in favor of the beneficiary. The above, repeats, regardless of whether it has or not a consolidated right, it has or not a transitional benefit, or if it is imminent or not to be pensioned, given that the violation of the duty of information is preached before the validity of the legal act of transfer, considered in itself. This, from then on, taking into account the particularities of each case”,* criterion lastly established as binding, among others, in the sentence of tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 of March 18, 2020, in which it was concluded that:

[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineffectiveness of the transfer were not conditioned to whether the beneficiary belonged to the transition regime, had a consolidated right or a legitimate expectation to be pensioned, since the Court had already indicated that this fact was irrelevant”.

De igual manera, in the referred providence, it was consigned regarding the burden of proof:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineffectuación del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó el actor el 25 de junio de 1997, con COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A. (Fl. 31 archivo 015), efectiva a partir del 26 de junio de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fls. 32 y 19- archivos 015 y 014), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, el promotor en el interrogatorio de parte que rindió señaló que se trasladó en el año 1997 al fondo COLMENA, sin conocer que era un traslado



de régimen pensional, señalando que simplemente en tanto para cualquier contrato se debía estar afiliado a pensión, salud, y riesgos profesionales, requerimientos que eran necesario para el ingreso al trabajo; además expuso que diligenció el formulario con los datos que se requerían y que no fue presionado por el empleador para afiliarse a COLMENA, de otra parte, aseveró no recordar las circunstancias de su traslado a COLFONDOS.

De lo expuesto, *a contrario sensu* de lo señalado por la Juez de instancia, no se advierte confesión alguna por parte del actor sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba que advierte una información de parte de PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA al momento del traslado del demandante, es evidente según lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la	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



	información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1997, una *"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"*.

Así las cosas, la Sala concluye que no le asistió razón a la falladora de instancia al haber denegado las pretensiones referentes a la declaratoria de la ineeficacia del traslado de régimen pensional, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, lo que compele a la revocatoria de la sentencia de primer grado.

Ahora bien, es de mencionar respecto a la devolución de los gastos de administración, que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineeficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, como lo pretende la activa en el libelo inaugural.

En otro giro, conviene precisar frente a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineeficacia del traslado, que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

En igual sentido, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

"En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

"Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

"De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

"En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los



valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la excepción de prescripción que propuso el extremo pasivo, debe memorarse que la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*.

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la jueza de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

"De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S.A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se revocará en su integridad la sentencia de primera instancia y se ordenará a la demandada COLFONDOS S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conceptos que deberá discriminados.

En igual sentido, deberá proceder la demandada PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA, frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora a través de COLMENA e ING. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esa providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: DECLARAR la ineficaz el traslado de régimen que realizó el demandante el 25 de junio de 1997 al fondo de pensiones COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

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.

De la misma forma, deberá proceder la demandada PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA AIG, frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora a través de COLMENA e ING.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya *Carlo Alberto Cortes Corredor*
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral **1100131050 33 2019 00707 01**

Demandante: RODRIGO ANTONIO RIVERA HERNÁNDEZ

Demandados: COLPENSIONES

Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 16 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor RODRIGO ANTONIO RIVERA HERNÁNDEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que se declare que la encartada no le reconoció oportunamente la pensión de vejez.

Por consiguiente, se la condene al reconocimiento y pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 14 de enero y hasta el 30 de noviembre de 2018, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 7 de agosto de 1947, cotizando para los riesgos de vejez, invalidez y muerte al ISS, siendo beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como que PROTECCIÓN S.A. en el año de 1997 efectuó un traslado ilegal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que el mismo nunca le fue comunicado y la firma que aparece en el formulario de afiliación no era la suya.

Al unísono sostuvo que, en el año 2000 mediante dictamen médico legal le fue determinada una pérdida de capacidad laboral del 51.08%, con fecha de estructuración el 29 de diciembre de 1999, aspecto por el que solicitó al antiguo ISS el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, entidad que mediante Resolución No. 126 del 23 de enero de 2001 negó el derecho pensional bajo el entendido que no cumplía con la densidad de 26 semanas cotizadas durante el año inmediatamente anterior, pero sin que se hiciera alusión alguna que se encontraba trasladado en un fondo privado, lo que conllevó a su vez a que le fuese pagada una indemnización sustitutiva.

Que frente a la resolución anterior, el 23 de febrero de 2001 interpuso recurso de reposición y subsidiariamente de apelación, los cuales confirmaron el acto administrativo primigenio a través de las Resoluciones 2121 del 3 de mayo de 2001 y 460 del 11 de septiembre de 2001.

Seguidamente, mencionó que el 14 de septiembre de 2009 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de ahí que a través de Resolución No. 6798 del 8 de noviembre de 2010 el ISS negara el derecho pensional, con el argumento que las cotizaciones con las que se reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no podrían ser tenidas en cuenta para reconocer otro derecho.

Que el 21 de octubre de 2013 nuevamente se elevó solicitud para el reconocimiento de la pensión de vejez, a lo cual COLPENSIONES mediante Resolución GNR 263557 del 21 de julio de 2014 negó nuevamente el derecho



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en el sentir que existía un traslado al fondo privado, negativa que fue confirmada en las Resoluciones GNR 347785 del 3 de octubre de 2014 y VPB 24062 del 13 de marzo de 2015.

Expuso que mediante escritos adiados el 3 de junio y 10 de agosto de 2016 solicitó a PROTECCIÓN S.A. se informara por escrito si se encontraba legalmente afiliado a esa administradora sin obtener ninguna respuesta, lo que conllevó a que el 12 de septiembre de 2016 entablara denuncia penal en contra de PROTECCIÓN S.A., la cual le correspondió a la Fiscalía 14 Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito bajo radicación No. 660016000036-201604963.

Que el 9 de enero de 2018 solicitó nuevamente ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, quien a través de la Resolución SUB 31188 del 31 de enero 2018 reconoció la pensión de vejez a partir del 21 de octubre de 2010 en cuantía de \$515.000, junto con el retroactivo en la suma de \$49.583.587, prestación que se reconoció bajo la égida del artículo 50 Decreto 758 de 1990.

Fue por ello, que frente al anterior acto administrativo, el 21 de marzo de 2018 interpuso recurso de reposición y subsidiariamente de apelación, por lo que la encartada mediante Resolución SUB 95886 del 10 de abril de 2018 dispuso modificar la resolución atacada y ordenó el pago único de una pensión de vejez con un retroactivo de \$50.958.471, y en Resolución DIR 19571 del 6 de noviembre de 2018 decidió modificar la Resolución SUB 95886 del 10 de abril de 2018 en el entendido que la pensión sería disfrutada a partir del 7 de agosto de 2007, abonando un retroactivo de \$19.825.600, por cuanto se argumentó que conservaba el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a pesar de haber estado afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero sin reconocer los intereses moratorios aquí pretendidos.

Por último, refirió que elevó solicitud del pago de los intereses moratorios el 25 de abril de 2019, que fueron negados por la entidad en Resolución SUB 149886 del 12 de junio de 2019.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la reclamación administrativa para el reconocimiento de la pensión de vejez se efectuó el 8 de enero de 2018, una vez el demandante realizó los diversos trámites ante PROTECCIÓN S.A. y ante la Policía Nacional para agosto de 2016 y febrero de 2017 respectivamente, precisando además que si bien es cierto existen reclamaciones anteriores, las mismas fueron atendidas de manera negativa teniendo en cuenta que el actor se encontraba registrado como afiliado en el RAIS por intermedio de la referida PROTECCIÓN S.A.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida 16 de junio de junio de 2022 condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por el periodo comprendido entre el 21 de marzo de 2015 y el 30 de noviembre de 2018 en cuantía de \$15.671.733, declarando no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y probada de manera parcial la de prescripción que fuesen formuladas por la encartada, y condenado en costas a la entidad en la suma de 3 S.M.L.M.V.

Para arribar a dicha conclusión, el *a quo* manifestó que, atendiendo los postulados de la sentencia C-601 de 2000, la Corte Constitucional ha venido manteniendo la postura de que los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 no solo se causan para las pensiones reconocidas bajo la égida de la norma en mención, sino también para los regímenes pensionales anteriores a la misma y cualquier otro tipo de prestación.



También refirió que, según la postura emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha establecido que acorde al artículo 53 de la C.P., el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de resarcir la mora en el pago de las pensiones, de ahí que los mismos sean resarcitorios en la medida de que surgen en el pago importuno de la mesada pensional.

Así las cosas, el operador de instancia manifestó que se configuró un efecto tardío en el reconocimiento de la prestación por vejez del demandante, aspecto por el que resulta procedente el pago de los intereses moratorios, exponiendo que si bien existieron situaciones ajenas al actor para el otorgamiento de la pensión, lo cierto es que fue tan solo a partir del 21 de marzo de 2018 en que elevó solicitud de pago por concepto de los intereses, por lo que el fenómeno prescriptivo operaría desde el 21 de marzo de 2015.

Por tal razón, consideró que los intereses moratorios deben cuantificarse por el periodo comprendido entre el 21 de marzo de 2015 y el 30 de noviembre de 2018, última calenda en que se incorporó al demandante en torno al pago del retroactivo pensional que le fuese reconocido en la Resolución No. 19571 de 2018.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Refirió en su alzada que en inicio le fue reconocida al demandante una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y, posteriormente, más exactamente el 31 de enero de 2018 con el retroactivo.

Que al demandante de manera posterior le fue reconocido un nuevo retroactivo el 10 de abril de 2018 correspondiente al periodo de octubre de 2010 a marzo de 2018, es decir, a esta última calenda ya se encontraba satisfecho el valor que aquí se reclama, para finalmente el 6 de noviembre de 2018 reconocérsele un retroactivo comprendido entre el 7 de octubre de 2007 y el 20 de octubre de 2010.

En tal sentido, en el caso de incurrir en mora la misma se presentaría desde el 31 de enero hasta el 6 de noviembre de 2018 por cuanto fue la data en que su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prestación se satisfizo en su totalidad, máxime si las sumas se indexaron en su totalidad.

También adujo que resultaba elevado el monto impuesto por concepto de costas procesales, por lo que solicita que el mismo se suprima o modifique.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en el que se estudia el presente asunto al tenor de lo normado en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., la Sala deberá auscultar si goza de prosperidad el reconocimiento y pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a favor del demandante.

En caso de prosperar tal precepto, deberá igualmente establecerse el momento a partir del cual saldría abante dicha condena.

c. Del caso en concreto:

Con la finalidad de resolver el problema jurídico que ocupa a la Sala, vale la pena advertir en primer lugar que en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

"Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:

A partir del 10. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectué el pago.

Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).

En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020)."

Posición que se ha venido manteniendo en el tiempo, como lo regulan diferentes decisiones, entre ellas, la SL1461-2022, Radicación No. 82259 del 4 de mayo de 2022, SL1427-2022, Radicación No. 91371 del 4 de mayo de 2022, SL1416-2022, SL1416-2022, Radicación No. 83606 del 4 de mayo de 2022, entre otras.

Así las cosas, se tiene que mediante Resolución 000126 del 23 de enero de 2001, el antiguo ISS le negó una pensión de invalidez de origen no profesional, por lo que se reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$3.426.040, Acto administrativo que se confirmó mediante las Resoluciones No. 2121 del 3 de mayo de 2001 y No. 460 del 11 de septiembre de 2001 (Fls. 19 a 23 – PDF 01 – EXPEDIENTE DIGITAL).

Mediante Resolución No. 6798 del 8 de noviembre de 2010 el antiguo ISS le negó pensión de vejez al demandante argumentando que resultaba inoperante tener en cuenta las cotizaciones que ya se habían imputado a la indemnización



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sustitutiva de la pensión de vejez (Fls. 24 a 25 – PDF 01 – EXPEDIENTE DIGITAL).

Con Resolución GNR 263557 del 21 de julio de 2014, COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión de vejez del señor RODRIGO ANTONIO RIVERA HERNÁNDEZ, argumentando que tuvo un traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de septiembre de 2009, por lo que al retornarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida no cumplió con los preceptos de las sentencias C-789 de 2002 y SU-062 de 2010, en concordancia con el Decreto 692 de 1994 y el Decreto 3995 de 2008, y no ostentar 15 años de servicios o más al 1º de abril de 1994 no conservaba dicho régimen transicional. Acto administrativo que fue confirmado a través de las Resoluciones GNR 347785 del 3 de octubre de 2014 y VPB 24062 del 13 de marzo de 2015 (Fls. 26 a 35, 36 a 41 y 42 a 48 – PDF 01 – EXPEDIENTE DIGITAL).

Mediante Resolución SUB 31188 del 31 de enero de 2018 COLPENSIONES dejó sin efectos la Resolución 000126 del 23 de enero de 2001 a través de la cual se había reconocido una indemnización sustitutiva y, por consiguiente, reconoció pensión de vejez al demandante de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, motivando su decisión en el hecho que el actor había recuperado el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en tanto, según lo regulado en los artículos 2º del Decreto 3800 de 2003 y 2º, 4º, 5º y 10º del Decreto 3995 de 2008, los afiliados a quienes se les hubiese decidido el traslado de régimen mediante comité de múltiple vinculación, no requerían de cálculo actuarial de rentabilidad ni acreditar 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la mentada Ley 100 para la recuperación del régimen transicional.

Por consiguiente, el reconocimiento pensional por vejez lo hizo a partir del 21 de octubre de 2010 en cuantía inicial de \$515.000, junto con un retroactivo en la suma de \$49.583.587, reconocimiento que se incluyó para pago en la nómina del mes de febrero de 2018 (Fls. 62 a 75 - PDF 01 – EXPEDIENTE DIGITAL).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Frente a dicho actor administrativo se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación por el accionante, siendo desatado en Resolución SUB 95886 del 10 de abril de 2018 COLPENSIONES, mediante el cual se modificó el anterior acto administrativo, esto es, la Resolución SUB 31188 del 31 de enero de 2018, atendiendo que resolvió un pago único al demandante por concepto de retroactivo en la suma de \$50.958.471 por el periodo comprendido entre el 21 de octubre de 2010 y el mes de marzo de 2018 (Fls. 76 a 86 - PDF 01 - EXPEDIENTE DIGITAL), y en la nómina del mes de mayo de 2018.

Finalmente, mediante Resolución DIR 19571 del 6 de noviembre de 2018 COLPENSIONES se modificó la Resolución SUB 95886 del 10 de abril de 2018, en el sentido de reconocer la pensión de vejez al demandante a partir del 7 de agosto de 2007, por lo que reconoció un retroactivo por el periodo comprendido entre el 7 de agosto de 2007 y el 20 de octubre de 2010 por valor de \$19.825.600, ingresándolo en nómina para la cancelación de la prestación en el mes de noviembre de 2018 (Fls. 88 a 98 - PDF 01 - EXPEDIENTE DIGITAL). En dicho acto administrativo además se expresa:

"Que por medio de resolución SUB 95886 del 10 de abril de 2018, se resolvió el recurso de reposición, resolviendo ordenar un pago único por \$50.958.471 retroactivo correspondiente a los períodos 21 de octubre de 2010 a marzo de 2018; puesto que el retroactivo ordenado en resolución SUB 31188 de fecha 31 de enero de 2018 se encontraba reintegrado".

De otra parte, el acto administrativo en mención se expidió a efectos de desatar el recurso de apelación, al señalarse:

"Que obra notificación de auto admisorio de acción de tutela que conoce el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA – QUINDIO con el No. de radicado 2018-360.

"Que el fin de la acción de tutela es que se ordene dar respuesta a los derechos de petición instaurados el 5 de julio y 24 de septiembre de 2018, solicitudes que al verificar el expediente requieren se resuelva el recurso de apelación interpuesto"

Así las cosas, no le asiste razón a COLPENSIONES al señalar que se habían verificado pagos con anterioridad al mes de noviembre de 2018, en tanto la actuación administrativa a través de la resolución del recurso de apelación, solo operó hasta que se expidió la Resolución DIR 19571 del 6 de noviembre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de 2018, acto administrativo que incluso refiere que el primer retroactivo ordenado se encontraba “reintegrado”.

Concatenado a lo dicho, a juicio de la Sala no le asiste derecho a COLPENSIONES en lo manifestado en el recurso de alzada, en el sentido de que la condena por los intereses moratorios debiera ser aplicada entre el mes de enero y noviembre de 2018, ya que como se advirtió, fue precisamente en el mes de noviembre del mencionado año 2018 que cesó en su totalidad la falta de pago de la prestación, pero sin perder de vista los previos sucesos en el tiempo que conllevaron a que fuese esa fecha la que puso fin a la resolución del derecho pensional.

Así las cosas, se advierte que le asistió razón al *a quo* al disponer el pago de los intereses moratorios.

d. De la excepción de prescripción:

Ahora, en tratándose del medio exceptivo de prescripción formulado por COLPENSIONES, según lo regulado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., así como los artículos 488 y 489 del C.S.T., la Sala encuentra ajustada a derecho la decisión de los extremos adoptados por el *a quo* para la condena sobre las súplicas incoadas por el demandante.

Lo anterior, por cuanto analizados en forma minuciosa todos y cada uno de los Actos administrativos emitidos por COLPENSIONES para el reconocimiento del derecho pensional en su integridad para con el demandante, puede apreciarse que, si bien en el tiempo existieron diferentes solicitudes pensionales elevadas por el demandante, tan solo en la Resolución SUB 95886 95886 del 10 de abril de 2018 (Fls. 76 a 86 - PDF 01 – EXPEDIENTE DIGITAL), es que se vislumbra que el señor RODRIGO ANTONIO RIVERA HERNÁNDEZ llevó a cabo el 21 de marzo de 2018 una primera solicitud de reconocimiento y pago por concepto de intereses moratorios; circunstancia por la cual, atendiendo el fenómeno prescriptivo trienal fue por lo que el operador de instancia dispuso aplicar la prescripción a partir del 20 de marzo de 2015 y hacia atrás, aunado a que, fue en el mes de noviembre de 2018 y mediante la Resolución DIR 19571 del 6 de noviembre de 2018, en que se satisfizo a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

plenitud el pago de todo lo adeudado por la entidad (Fls. 88 a 98 - PDF 01 - EXPEDIENTE DIGITAL).

De otra parte, verificada la liquidación allegada por el Juzgado se aprecia que la liquidación realizada para efectos de calcular el monto adeudado por la condena impuesta en la suma de \$15.671.733 se encuentra ajustada a derecho, por lo que se mantendrá incólume este aspecto, en tanto se tuvo en cuenta la tasa de interés vigente para la fecha del pago, tal como se evidencia de la liquidación verificada en primera instancia, la cual se ajusta a derecho:

	MES	FECHA DE EXIGIBILIDAD	FECHA ORDENADA	DÍAS EN MORA	LIQUIDACIÓN INTERESES MORATORIOS			
					CAPITAL	TASA ANUAL A NOV-18	TAZA DIARIA	VR INTERÉS
2015	MARZO	21-mar.-15	30-nov.-18	1350	\$ 644.350	27,24%	0,0669%	\$ 582.296
	ABRIL	01-abr.-15	30-nov.-18	1339	\$ 644.350	27,24%	0,0669%	\$ 577.552
	MAYO	01-may.-15	30-nov.-18	1309	\$ 644.350	27,24%	0,0669%	\$ 564.612
	JUNIO	01-jun.-15	30-nov.-18	1278	\$ 644.350	27,24%	0,0669%	\$ 551.240
	JULIO	01-jul.-15	30-nov.-18	1248	\$ 644.350	27,24%	0,0669%	\$ 538.301
	AGOSTO	01-agosto.-15	30-nov.-18	1217	\$ 644.350	27,24%	0,0669%	\$ 524.929
	SEPTIEMBRE	01-sep.-15	30-nov.-18	1186	\$ 644.350	27,24%	0,0669%	\$ 511.558
	OCTUBRE	01-oct.-15	30-nov.-18	1156	\$ 644.350	27,24%	0,0669%	\$ 498.618
	NOVIEMBRE	01-nov.-15	30-nov.-18	1125	\$ 644.350	27,24%	0,0669%	\$ 485.247
	DICIEMBRE	01-dic.-15	30-nov.-18	1095	\$ 644.350	27,24%	0,0669%	\$ 472.307
2016	ENERO	08-ene.-16	30-nov.-18	1057	\$ 689.455	27,24%	0,0669%	\$ 487.831
	FEBRERO	01-feb.-16	30-nov.-18	1033	\$ 689.455	27,24%	0,0669%	\$ 476.754
	MARZO	01-mar.-16	30-nov.-18	1004	\$ 689.455	27,24%	0,0669%	\$ 463.370
	ABRIL	01-abr.-16	30-nov.-18	973	\$ 689.455	27,24%	0,0669%	\$ 449.063
	MAYO	01-may.-16	30-nov.-18	943	\$ 689.455	27,24%	0,0669%	\$ 435.217
	JUNIO	01-jun.-16	30-nov.-18	912	\$ 689.455	27,24%	0,0669%	\$ 420.910
	JUNIO	01-jun.-16	30-nov.-18	912	\$ 689.455	27,24%	0,0669%	\$ 420.910
	JULIO	01-jul.-16	30-nov.-18	882	\$ 689.455	27,24%	0,0669%	\$ 407.064
	AGOSTO	01-agosto.-16	30-nov.-18	851	\$ 689.455	27,24%	0,0669%	\$ 392.757
	SEPTIEMBRE	01-sep.-16	30-nov.-18	820	\$ 689.455	27,24%	0,0669%	\$ 378.450
	OCTUBRE	01-oct.-16	30-nov.-18	790	\$ 689.455	27,24%	0,0669%	\$ 364.604
2017	NOVIEMBRE	01-nov.-16	30-nov.-18	759	\$ 689.455	27,24%	0,0669%	\$ 350.297
	DICIEMBRE	01-dic.-16	30-nov.-18	729	\$ 689.455	27,24%	0,0669%	\$ 336.451
	DICIEMBRE	01-dic.-16	30-nov.-18	729	\$ 689.455	27,24%	0,0669%	\$ 336.451
	ENERO	01-ene.-17	30-nov.-18	698	\$ 737.717	27,24%	0,0669%	\$ 344.694
	FEBRERO	01-feb.-17	30-nov.-18	667	\$ 737.717	27,24%	0,0669%	\$ 329.385
	MARZO	01-mar.-17	30-nov.-18	639	\$ 737.717	27,24%	0,0669%	\$ 315.558
	ABRIL	01-abr.-17	30-nov.-18	608	\$ 737.717	27,24%	0,0669%	\$ 300.249
	MAYO	01-may.-17	30-nov.-18	578	\$ 737.717	27,24%	0,0669%	\$ 285.434
	JUNIO	01-jun.-17	30-nov.-18	547	\$ 737.717	27,24%	0,0669%	\$ 270.125
	JUNIO	01-jun.-17	30-nov.-18	547	\$ 737.717	27,24%	0,0669%	\$ 270.125
	JULIO	01-jul.-17	30-nov.-18	517	\$ 737.717	27,24%	0,0669%	\$ 255.311
	AGOSTO	01-agosto.-17	30-nov.-18	486	\$ 737.717	27,24%	0,0669%	\$ 240.002
2018	SEPTIEMBRE	01-sep.-17	30-nov.-18	455	\$ 737.717	27,24%	0,0669%	\$ 224.693
	OCTUBRE	01-oct.-17	30-nov.-18	425	\$ 737.717	27,24%	0,0669%	\$ 209.878
	NOVIEMBRE	01-nov.-17	30-nov.-18	394	\$ 737.717	27,24%	0,0669%	\$ 194.569
	DICIEMBRE	01-dic.-17	30-nov.-18	364	\$ 737.717	27,24%	0,0669%	\$ 179.754
	DICIEMBRE	01-dic.-17	30-nov.-18	364	\$ 737.717	27,24%	0,0669%	\$ 179.754
	ENERO	01-ene.-18	30-nov.-18	333	\$ 781.242	27,24%	0,0669%	\$ 174.148
	FEBRERO	01-feb.-18	30-nov.-18	302	\$ 781.242	27,24%	0,0669%	\$ 157.936
	MARZO	01-mar.-18	30-nov.-18	274	\$ 781.242	27,24%	0,0669%	\$ 143.293
	ABRIL	01-abr.-18	30-nov.-18	243	\$ 781.242	27,24%	0,0669%	\$ 127.081
	MAYO	01-may.-18	30-nov.-18	213	\$ 781.242	27,24%	0,0669%	\$ 111.392
	JUNIO	01-jun.-18	30-nov.-18	182	\$ 781.242	27,24%	0,0669%	\$ 95.180
	JULIO	01-jul.-18	30-nov.-18	152	\$ 781.242	27,24%	0,0659%	\$ 79.491
	AGOSTO	01-agosto.-18	30-nov.-18	121	\$ 781.242	27,24%	0,0669%	\$ 63.279
	SEPTIEMBRE	01-sep.-18	30-nov.-18	90	\$ 781.242	27,24%	0,0669%	\$ 47.067
	OCTUBRE	01-oct.-18	30-nov.-18	60	\$ 781.242	27,24%	0,0669%	\$ 31.378
	NOVIEMBRE	01-nov.-18	30-nov.-18	29	\$ 781.242	27,24%	0,0669%	\$ 15.166
	TOTAL INTERESES DESDE EL 21 DE MARZO DE 2015 AL 31 DE NOVIEMBRE DE 2018							\$ 15.671.733

Por otra parte, en lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

primera instancia, por lo que en caso de encontrar inconformidad frente al monto impuesto en primer grado, deberá alegarlo en la oportunidad respectiva en los términos del C.G.P.

Con ocasión de lo hasta aquí expuesto la decisión de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

V. DECISIÓN:

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

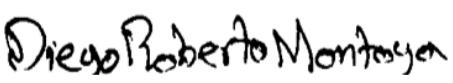
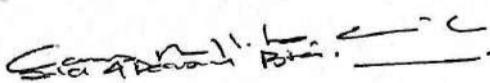
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES. Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

 
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral **1100131050 34 2019 00657 01**
Demandante: DIEGO ALEXANDER RINCÓN MOLINA
Demandado: LGC LEATHER S.A.S.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 28 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor DIEGO ALEXANDER RINCÓN MOLINA formuló demanda ordinaria laboral en contra de LGC LEATHER S.A.S., a fin que se declare que entre las partes existió una relación laboral desde el 16 de diciembre de 2016 hasta el 30 de mayo de 2018; que se le adeudan las prestaciones sociales, la prima de navidad, las vacaciones y la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías causadas durante ese referido periodo.

De la misma forma, pretende se declare que la liquidación final reconocida por el contrato de trabajo existente entre el 1º de junio de 2018 y el 15 de marzo de 2019 debe ser reliquidada teniendo en cuenta el total del salario real devengado en ese periodo, que dicho vínculo finalizó sin justa causa, adeudándose la respectiva indemnización, la cual debe ser tasada teniendo en cuenta el salario real devengado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por último, solicita se declare que se le adeuda la indemnización moratoria, que se deben pagar a su favor los aportes adeudados al Sistema Integral de Seguridad Social del 20 de octubre de 2016 hasta el 15 de marzo de 2019, que se deben indexar las sumas reconocidas, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene al pago de las prestaciones sociales, la prima de navidad y las vacaciones causados del 16 de diciembre de 2016 hasta el 30 de mayo de 2018, junto con la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías generadas en dicho lapso.

Por otra parte, solicita se reliquiden las acreencias reconocidas en la liquidación final de prestaciones del contrato existente entre el 1º de junio de 2018 y el 15 de marzo de 2019, teniendo en cuenta la totalidad de la asignación salarial que devengó en ese interregno; igualmente se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa por la finalización de dicho contrato, la cual debe ser liquidada con el salario real devengado, se condene al pago los aportes adeudados al Sistema Integral de Seguridad Social del 20 de octubre de 2016 hasta el 15 de marzo de 2019, y se condene al pago de la indexación de las sumas adeudadas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que el 20 de octubre de 2016 celebró contrato de obra o labor con la sociedad convocada a juicio, para desempeñar el cargo de Líder de Recursos Humanos, devengando como salario la suma de \$1'500.000, vínculo contractual que fenició el 15 de diciembre de 2016. Igualmente, adujo que dicho contrato fue liquidado teniendo en cuenta su asignación básica salarial; y que en ese periodo el empleador omitió el pago de los aportes al Sistemas de Seguridad Social en Pensiones, conforme se desprende del reporte expedido por PROTECCIÓN S.A., en donde solo figuran 12 días.

Relató que posteriormente, el 16 de diciembre de 2016 suscribió contrato de prestación de servicios con la demandada, para desempeñar el cargo de Líder de Recursos Humanos, devengando una asignación básica de \$2'500.000,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

relación contractual que terminó el 30 de mayo de 2018. Seguidamente, sostuvo que durante toda la relación laboral recibía órdenes directas de los señores ELVER ETIEL LUNA, BRAYAN LUNA, EDIR RUTH LUNA y MILTON RENÉ LUNA, demostrando así la continua subordinación, y que además se le exigía el cumplimiento de horario y el desarrollo de sus funciones de manera personal en las instalaciones de la empresa, encontrándose acreditados los elementos del contrato de trabajo, lo que lo hace acreedor al pago de prestaciones sociales, vacaciones, prima de navidad y el pago de la sanción por no consignación de las cesantías, junto con los aportes a seguridad social en dicho lapso de tiempo.

Por otra parte, expuso que el 1º de junio de 2018 fue contratado por la pasiva a través de un contrato a término indefinido, devengando como salario la suma de \$2'800.000, relación laboral que terminó el 15 de marzo de 2019; igualmente adujo que recibió mensualmente una bonificación no salarial de \$1'000.000, rubro que no fue tenido en cuenta en la liquidación final, la que es constitutiva de salario para el pago de prestaciones sociales al ser sufragada de manera habitual y periódica.

Refirió que no se le efectuaron aportes al sistema de seguridad social en este último contrato, por lo que se vio compelido en varias ocasiones a consultar médicos particulares, por cuanto se le informó que estaba suspendido por falta de pago de los aportes a salud por parte del empleador demandado en la E.P.S.

Expuso que el 15 de marzo de 2019 le informaron de la terminación de su contrato de trabajo, a razón a la situación económica de la empresa demandada, por lo que le ordenaron realizar su liquidación sin tener en cuenta la bonificación anteriormente referida, finiquito que se produjo sin justa causa y sin el pago de la respectiva indemnización. Finalmente, dijo que la demandada se negó a expedirle certificaciones de las diferentes relaciones contractuales y que la citó ante el MINISTERIO DEL TRABAJO el 29 de julio de 2019 con la finalidad de conciliar el reconocimiento y pago de las acreencias laborales adeudadas, audiencia que resultó fallida por falta de ánimo conciliatorio de la accionada, en consecuencia, elevó reclamación el 30 de agosto de 2019 la cual no ha sido respondida por la encartada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

LGC LEATHER S.A.S. contestó la demanda con oposición a las pretensiones declarativas y de condena de la misma. Al respecto, manifestó en síntesis que pagó al trabajador todas las acreencias derivadas del tipo de relación contractual que subsistió en cada periodo que reclama el actor, sin que a la fecha adeude suma alguna que deba reconocer; precisando frente al impago de los aportes al Sistema de Seguridad Social que se trata de una omisión en la que incurrió el mismo demandante al ser el encargado de liquidar sus propios aportes y la nómina.

Formuló como excepciones de mérito la de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, mala fe y demanda temeraria del demandante, buena fe del demandado y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de junio de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la sociedad demandada LGC LEATHER S.A.S., en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, vigente del 20 de octubre de 2016 al 15 de marzo de 2019. Igualmente, declaró que el salario devengado por el actor ascendió a \$2'800.000.

En consecuencia; condenó a la convocada a juicio a pagar al actor por concepto de cesantías \$4'083.333; por intereses a las cesantías \$490.000; por prima de servicios \$4'083.333; por vacaciones \$2'041.666 y por indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la suma de \$69'999.450; y absolió al extremo pasivo de las demás pretensiones incoadas en su contra y lo condenó en costas y agencias en derecho. Además, ordenó compulsar copias al Ministerio del Trabajo para que adelante las investigaciones del caso frente a las irregularidades e inconsistencias en el reconocimiento y pago oportuno de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral, tanto en Salud, Pensiones y en Riesgos Laborales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En cumplimiento a lo dispuesto por esta Corporación en proveído de 28 de marzo de 2022 (Archivo 4 - carpeta denominada *Auto Tribunal*), en audiencia de 28 de junio de 2022 el juzgado de instancia adicionó el numeral sexto de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, atendiendo a que la relación laboral se desarrolló entre el 20 de octubre de 2016 y el 15 de marzo de 2019, por lo que condenó a la demandada a pagar los aportes a seguridad social en pensión, ante el fondo administrador de pensiones donde está afiliado el demandante y previa elaboración del cálculo actuarial que para el efecto realice el mismo y a su entera satisfacción.

Para arribar a dicha conclusión, la *a quo* refirió que era menester establecerse si entre las partes existió un solo nexo laboral que inició el 16 de diciembre de 2016 y terminó el 30 de mayo de 2018, en tanto, para ese lapso entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios profesionales independiente, sin que se genere el reconocimiento y pago al actor por parte de la encartada de prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

Para el efecto trajo a colación las sentencias SL 5346 de 2019 y SL 4143 de 2019 en las que se explica la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, siendo relevante en el segundo el elemento subordinación al cual se encuentra sometido el trabajador, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 23 del C.S.T. Igualmente, hizo mención a la aplicación de la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., para lo cual hizo alusión a las sentencias SL 6528 de 2016 y SL 064 de 2020, en donde se explica que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal para presumir el contrato de trabajo y al empleador le corresponde desvirtuar esa presunción; exponiendo que en el presente proceso la demandada no acreditó la suscripción de ningún contrato de trabajo, ya que solo obra la carta de terminación del contrato de trabajo pactada a término fijo, que data del 23 de diciembre de 2016.

Además, refirió la jueza de primer grado que los testigos BORIS MOSCOTE, SANDRA MILENA CHAGUALA DÍAZ y RUTH EDITH LUNA GARZÓN dieron cuenta de la prestación personal del servicio del actor a la demandada, en especial la última declarante mencionó que el gestor estuvo vinculado por medio de un contrato de trabajo del 20 de octubre de 2016 hasta diciembre de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2016, posteriormente, por medio de un contrato de prestación de servicios hasta el 30 de mayo de 2018 y por último con un contrato de trabajo hasta el 15 de marzo de 2019 en la administración de recursos humanos, liquidando nómina y realizando afiliaciones al sistema de Seguridad Social.

A su vez, la testigo MARIBEL SANABRIA CASTILLO, confirmó la prestación de servicios del promotor en el Área de Recursos Humanos, lo que activa la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., la cual no desvirtuó la enjuiciada, concluyendo la juzgadora de instancia que estaba supeditado a las órdenes del empleador, además mencionó que la accionada no allegó prueba alguna de la existencia de los tres contratos a los que se hizo alusión en precedencia, además, el actor no tenía la facultad de administrar financieramente la nómina.

Acorde con lo anterior, concluyó que la relación que ató a las partes estuvo mediada por un único contrato de trabajo que se ejecutó sin solución de continuidad, y en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, al estar demostrada la prestación personal del servicio por la parte del actor y al no haberse acreditado debidamente la autonomía e independencia al momento de desarrollar el objeto contractual.

En punto de los extremos de la relación laboral, indicó que se dijo que existieron tres (3) tipos de contratos pactados entre las partes, en los periodos comprendidos entre el 20 de octubre de 2016 al 15 de diciembre de 2016 por medio de un contrato de obra o labor, del 16 de diciembre de 2016 al 30 de mayo de 2018 por medio de uno de prestación de servicios profesionales y del 1º de junio de 2018 al 15 de marzo de 2019, a través de un contrato de trabajo a término indefinido; empero, no se acreditó la suspensión de labores entre uno y otro, como tampoco la suscripción de los contratos y por esta razón determinó la existencia de un único nexo laboral comprendido entre el 20 de octubre de 2016 al 15 de marzo de 2019.

En cuanto al salario pactado, indicó que la parte actora manifestó que la remuneración percibida por el servicio prestado correspondía mensualmente a \$2.800.000, información que coincide con la liquidación final de prestaciones sociales, en consecuencia, esa fue la remuneración a tener en cuenta como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

último salario real devengado por el demandante, la cual servirá de ingreso base para liquidar las eventuales condenas reclamadas en esta acción.

En cuanto al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales insolutas, no encontró demostrado el pago de las causadas entre el 16 de diciembre de 2016 y el 30 de mayo de 2018, condenando al pago de cesantías por \$4.083.333, sanción por no consignación de las mismas por el año 2016, la cual corre del 14 de febrero de 2017, a razón de un salario diario por cada día de retardo transcurrido hasta la terminación del nexo contractual, es decir, hasta el 15 de marzo de 2019, en suma de \$93.333 diarios, arrojando un total de \$69.999.750. Igualmente, condenó al pago de los intereses a las cesantías causados en el citado periodo en monto de \$490.000; por vacaciones la suma de \$2.041.666, por prima de servicios por \$4.083.333, ya que la pasiva no demuestra el pago de este emolumento.

En cuanto a la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., expuso que su aplicación no es automática, pues se debe acreditar una conducta provista de buena fe para que se absuelva de tal pago, conforme se ha dicho, entre otras, en las sentencias SL 1452 de 2018 y SL 8216 de 2016. Al respecto, señaló que la encartada adujo que actuó bajo el convencimiento de que las partes se encontraban en desarrollo de un contrato de prestación de servicios profesionales y no de una relación laboral en el periodo del 16 de diciembre de 2016 y el 30 de mayo de 2018 y que procedió al pago de lo correspondiente a las prestaciones generadas por el primer y último contrato de trabajo, además el actor consintió la existencia del contrato de prestación de servicios y el no pago de aportes a seguridad social a su favor y el de sus compañeros, por lo que absolvio a la demandada de tal pedimento. No obstante, dispuso compulsar copias al MINISTERIO DE TRABAJO para que adelante las investigaciones administrativas necesarias a fin de verificar las posibles inconsistencias o irregularidades denotadas en el debate probatorio, frente al pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.

Igualmente, condenó al pago de aportes a pensión, atendiendo que la relación laboral se desarrolló entre el 20 de octubre de 2016 y el 15 de marzo de 2019, teniendo en cuenta las incontables inconsistencias referidas por el demandante y los testigos entorno al pago de los aportes al Sistema de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Seguridad Social Integral por parte de su empleador, imponiendo condena en tal sentido en contra de la sociedad demandada, ordenando el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, ante el fondo de pensiones donde está afiliado el demandante, mediante el correspondiente cálculo actuarial.

Sobre la terminación del contrato de trabajo y la sanción consagrada en el artículo 64 del C.S.T., adujo que al no demostrarse por parte del trabajador el hecho del despido realizado por la demandada el 15 de marzo de 2019, absolvio de tal pedimento. Finalmente, sobre la reliquidación de las prestaciones sociales deprecada en la demanda, refirió que no se aportó al expediente el texto del contrato donde conste que las partes acordaron la remuneración o bonificación no salarial, de ahí, que no se pueda verificar el pago de la misma, por lo tanto, absolvio a la pasiva de dicha pretensión y la condenó en costas y agencias en derecho.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión de la *a quo*, la demandada LGC LEATHER S.A.S. interpuso recurso de apelación en el que solicita se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Adujo que entre las partes no existió un único vínculo laboral entre el 20 de octubre de 2016 y 15 de marzo de 2019, pues las pruebas dan cuenta de la existencia de diferentes contratos de distinta naturaleza, uno laboral, otro de prestación de servicios y otro laboral, por lo que debe examinarse cada uno por separado.

Asimismo, sostuvo que las declaraciones de los testigos MARIBEL SANABRIA CASTILLO, SONIA GUEVARA, JOSÉ ALADINO Y EDIR RUTH LUNA, dan cuenta de la autonomía con la que el actor desarrollaba sus funciones dentro y fuera de la empresa, además no tenía horario; a *contrario sensu*, a lo que indicaron los testigos BORIS MOSCOTE y SANDRA CHAGUALA, quienes solo pudieron dar información por un periodo de seis meses.

Adicionalmente, sostuvo que el actor en su declaración indicó que fue quien propuso a la demandada que suscribieran el contrato de prestación de servicios y que no tenía horario pues tenía un contrato de prestación de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

servicios, también manifestó que se afilió a seguridad social como trabajador independiente en vigencia del contrato de prestación de servicios, y fue en ese momento en el que recibió atención por una lesión del talón y por el síndrome Guillen Barre. De modo que, el actor era consciente de la clase de contrato que tenía, reiterando que no existió una única relación laboral, por lo que debe examinarse cada uno de los contratos de manera separada y si hay lugar o no a las condenas que impuso la *a-quo*.

Además, expuso que se le debe dar credibilidad a los testigos solicitados por pasiva, y no solo a los del demandante. De la misma forma, refirió que la jurisprudencia ha indicado que se pueden llevar a cabo diferentes contratos sucesivos, siendo requisito preavisar con 30 días de antelación al finiquito, acotando respecto al contrato a término indefinido que pactaron las partes entre el 1º de junio de 2018 al 15 de marzo de 2019 que en el trámite procesal hay constancia que fue liquidado conforme a la ley.

En otro giro, señaló que, en caso de aceptarse la existencia de un único contrato de trabajo, se debe examinar la condena impuesta por la no consignación de las cesantías, pues el despacho reconoció la buena fe de esa encartada al liquidar los contratos con el convencimiento pleno de estar acatando lo dispuesto en la ley. Igualmente, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha señalado que es a partir de la ejecutoria de la sentencia que declara el contrato realidad, que se hace exigible el reconocimiento de las cesantías contándose la morosidad a partir de dicha fecha, lo cual ha sido ratificado por la Corte Suprema de Justicia, indicando que no fue su intención de defraudar al trabajador puesto actuó de buena fe, luego, no procede la aplicación de la sanción.

En cuanto a la liquidación de las cesantías del 16 de diciembre al 30 de mayo de 2018, dijo que la Juez de instancia tuvo en cuenta un salario de \$2.800.000, reiterando que no adeuda esas cesantías, sin embargo, de insistirse en tal condena, solicita se verifique la liquidación pues debe ser tasada con el salario devengado en cada anualidad y no con el último que devengó, igualmente debe tenerse en cuenta lo pagado por esos conceptos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Finalmente, señaló que es inadmisible la condena por el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social del 20 de octubre de 2016 al 15 marzo de 2019, pues existieron tres contratos diferentes y además debe tenerse en cuenta los pagos que realizó, de los cuales hay constancia, pues se estaría obligando al empleador a una doble cotización, lo cual es ilegal.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de auscultarse: (i) si entre el demandante y la sociedad convocada a juicio existió una única relación laboral entre el 20 de octubre de 2016 y el 15 de marzo de 2019; o por el contrario, existieron tres relaciones contractuales diferentes en este lapso; igualmente (ii) se determinará si las condenas impuestas a la demandada en la sentencia de primera instancia son procedentes, en especial lo relacionado con la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo y su liquidación; al igual que la condena al pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones.

c. De la existencia del contrato de trabajo y del Pago de Acreencias Laborales:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *eiusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Así las cosas, cabe memorar que de antaño se ha dicho que una vez acreditada la prestación personal del servicio opera la referida presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T.; de modo que el operador judicial no tiene que verificar si la relación laboral se hizo bajo subordinación, sino que su labor se limita a indagar si aquella se desvirtuó, así lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia con Radicación No. 34223 de 13 de abril de 2010:

"Para la Corte es claro que, si el Tribunal tuvo por probado que el actor le trabajó a la demandada, no tenía por qué verificar si esa actividad laboral se hizo bajo subordinación laboral, pues ese hecho debió considerarlo debidamente acreditado por razón de la presunción consagrada en la norma legal que infringió directamente. Toda vez que esa presunción es de naturaleza legal y, por lo tanto, susceptible de ser desvirtuada, ha debido entonces el fallador indagar si la presunción se desvirtuó por la parte demandada, acreditando que los servicios se prestaron de manera independiente, esto es, su labor de análisis de las pruebas se debió orientar a encontrar la autonomía en la prestación de los servicios, mas no la subordinación, que, en principio, estaba acreditada por ministerio de la ley."

Adicionalmente, considera la Sala oportuno traerá a colación lo reseñado por el Alto Tribunal de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en la que realizó algunas precisiones respecto al elemento subordinación de la relación laboral:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada”

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo¹, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”

¹ OJEDA AVILÉS, Antonio. Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. Derecho PUCP, 2007, vol. 60, p. 375.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al descender al *sub-examine*, se advierte que no fue objeto de controversia entre las partes la existencia de una relación de índole laboral entre el 20 de octubre de 2016 y el 15 de diciembre de 2016, y que seguidamente acordaron que la relación contractual sería regida a través de un contrato de prestación de servicios del 16 de diciembre de 2016 al 30 de mayo de 2018, estableciendo como honorarios la suma de \$2.500.000; finalmente, pactaron un contrato de trabajo a partir del 1º de junio de 2018 el cual estuvo vigente hasta el 15 de marzo de 2019, en el que devengó como salario la suma de \$2.800.000, pues así lo mencionó la misma demandada al contestar los hechos 1º, 5º, 13 y 21 del libelo introductorio (Fls. 95 a 111 – archivo 01).

Aunado a lo anterior, se encuentra que desde la fijación del litigio se centró la controversia en determinar si en aplicación del principio de la primacía de la realidad, existió entre las partes en contienda un contrato de trabajo entre el 16 de diciembre de 2016 y el 30 de mayo de 2018, y no uno de prestación de servicios.

Al respecto, se aportó carta de terminación del primer contrato de trabajo, adiada el 23 de noviembre de 2016 en la que se informa que el mismo finaliza el 15 de diciembre de 2016, liquidación de prestaciones sociales de dicho contrato y la liquidación de prestaciones del contrato de trabajo que se ejecutó entre el 1º de junio de 2018 y el 15 de marzo de 2019, además, obran las planillas de pagos al Sistema Integral de Seguridad Social a favor del actor por los períodos de octubre a diciembre de 2016, junio a diciembre de 2018 y diciembre de 2018 a marzo de 2019, desprendible de pago de nómina de enero de 2019 y pagos de prestaciones y reintegros de gastos de enero y febrero de 2019 (Fls. 114 a 124, 125, 127 y 129).

Igualmente, en el transcurso del trámite procesal se recibió el interrogatorio de parte del demandante DIEGO ALEXANDER MOLINA RINCÓN, quien sostuvo que inició labores con la demandada el 20 de octubre de 2016, como Coordinador de Recursos Humanos, mediante un contrato de trabajo el cual se acordó de manera verbal, sin embargo, posteriormente él elaboró todos los contratos de los empleados de la empresa para 2016, siendo el suyo por obra o labor, esto por orden del Gerente de Planta de GERMAN GARZÓN y el Representante Legal de la empresa BRYAN LUNA; que ese contrato estaba



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sujeto al proceso de producción de la planta y tenía como fecha de finalización el 15 de diciembre de 2016.

Refirió que al día siguiente del mencionado finiquito fue vinculado nuevamente por medio de un contrato de prestación servicios profesionales, el cual se acordó con BRYAN LUNA y EDIR LUNA, para seguir a cargo del proceso de liquidación y pago de nómina, cumpliendo un horario. Igualmente, manifestó que fue él quien propuso a los directivos de la demandada la idea de vincularlo por medio de un contrato de prestación de servicios, ante la orden que emitieron de no pagar seguridad social de los meses de octubre y noviembre, siendo la orden de ELVER LUNA la de pagar la seguridad social de octubre y noviembre con ingreso y retiro, ya que no tenían dinero y requería ese presupuesto para pagar las liquidaciones del 15 de diciembre.

Señaló que sus funciones eran contratar personal, afiliar al sistema de seguridad social, entrega de dotación, realización de nómina y liquidación de prestaciones sociales, recepción de novedades de nómina, elaboración de archivos planos para transferencia de la planilla pila para pago de seguridad social.

También, expuso que para el primer contrato de trabajo el horario era de 7:00 a.m. a 6:00 p.m. y los sábados de 7:00 a.m. a 12:00 m. y que sus jefes inmediatos eran EDIR LUNA, Gerente Administrativa y Financiera y BRYAN LUNA Representante Legal de la demandada, y que después del contrato de prestación de servicios, mutó a un contrato de trabajo a término indefinido por sugerencia de la ARL, el cual inició el 1º de junio de 2018, es decir, que el contrato de prestación de servicios subsistió hasta el 30 de mayo de 2018; y que el salario acordado para ese último contrato laboral se acordó sobre un básico de \$2.800.000 y una bonificación de \$1.000.000 por manejar las otras dos empresas de la sociedad, de nombre BACET GROUP Y DISTRICARNAZAS LUNA, remuneración que le fue pagada, pero no a tiempo, además indicó que su horario de trabajo se extendía por la carga laboral.

Dijo que siempre había demora en el pago de la nómina, precisando que nunca manejó recursos financieros, solo informaba el monto a pagar; además mencionó que la empresa no pagaba horas extras a razón de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

inconsistencias en el pago de la seguridad social, por lo que no cuenta con los permisos para laborar en horario extendido y que en varias ocasiones tuvo que acompañar a los trabajadores al servicio de salud y pagar por la falta de cubrimiento por el impago de esa obligación, pues no es costumbre de la empresa pagar seguridad social.

Indicó que fue afiliado al fondo de cesantías PROTECCIÓN S.A., sin que se solucionaran aportes antes del 14 de febrero, y que solicitó anticipos porque estaba estudiando; que en desarrollo del contrato de prestación de servicios no tuvo vacaciones, y debió solicitar una licencia para trabajar desde Santa Marta; que el contrato de trabajo terminó el 15 de marzo de 2019 por cuanto se pretendía reducir el salario y habían dificultades con el pago de seguridad social, por lo que en adelante siguió prestando sus servicios por medio de un segundo contrato de prestación de servicios desde el 16 de marzo hasta el 14 de junio de 2019, al cual asistía por dos días a la semana.

A la pregunta de qué se le adeudaba a la finalización del último contrato de trabajo, dijo que su liquidación fue pagada, sin embargo, se le adeudaba la seguridad social por lo que se debe reliquidar su contrato, igualmente sostuvo que no se le entregaron los contratos que suscribió con la demandada, y que tenía una oficina asignada dentro de las instalaciones de la demandada; que su horario fue asignado por ELVER LUNA, EDIR LUNA y BRAYAN LUNA, y que pese a que le dijo a BRAYAN LUNA que su contrato era de prestación de servicios, se le ordenó ingresar antes que el resto del personal, por lo que entraba a las 7am y salía a las 5pm.

Que, durante la relación laboral sufrió varios percances de salud y que fue hospitalización con diagnóstico de Guillain-Barré el 31 de diciembre de 2017, saliendo del hospital el 20 de enero de 2018, estando incapacitado por 90 días, empero, debió seguir ejerciendo sus funciones en enero, febrero y marzo de 2018 desde su casa; además adujo que en varias ocasiones le prestó montos mínimos de dinero a la empresa para compra de dotación de los empleados, lo cual se constata con uno de los recibos que obra en el expediente.

En su declaración, el testigo BORIS MOSCOTE TORRES manifestó que laboró para la demandada como operario desde el 4 de mayo de 2018 y que el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demandante fue quien hizo su proceso de vinculación; que era quien supervisaba el horario de los empleados; que él entraba a las 7:15 am y el actor ya estaba laborando, y lo mismo sucedía con la salida; además, mencionó que tuvo inconvenientes con la atención en salud, por lo que acudía al demandante para que brindara una solución; precisó que laboró por espacio de cinco (5) meses con la demandada.

Entre tanto, la testigo SANDRA MILENA CHAGUALA DÍAZ, refirió ingresó a laborar para la demandada como Aprendiz del Sena el 16 de enero de 2017, y que el demandante fue quien hizo su contratación; que era el Director del Área de Recursos Humanos y estaba vinculado por medio de un contrato de prestación de servicios; que cumplía horario pues llegaba antes que los demás empleados y trabajaban en la misma oficina.

Que recibía órdenes de EDIR LUNA, BRAYAN LUNA, ELVER LUNA y MILTON LUNA. Que el promotor estaba encargado de la nómina y que el pago era retardado y la seguridad social no se pagaba; que si se requería ir a un médico particular iban y le pasaban las facturas al demandante, quien rembolsaba el gasto. Que el actor manejaba al inicio el tema de seguridad en el trabajo, igualmente entregaba la dotación; no le consta cuánto devengaba como salario y que para ausentarse de la oficina pedía permiso; que tenía un horario de 7:30 a.m. a 5 p.m.

La testigo EDIR RUTH LUNA aduce que el demandante ingresó a trabajar el 20 de octubre de 2016; que tuvo tres contratos, uno laboral, después por prestación de servicios profesionales, y posteriormente mediante contrato de trabajo hasta el 15 de marzo de 2019; que la forma de contratación la manejaban con el señor BRAYAN LUNA; indicó que el demandante tenía a cargo el área de Recursos Humanos y sus funciones eran la elaboración de nómina, las liquidaciones y las afiliaciones a la Seguridad Social; igualmente señaló que el gestor no tenía asignado un horario laboral y que no tenía como función verificar el cumplimiento de jornada laboral; que no recibía órdenes directas, que tenía autonomía completa en sus funciones, incluso en el periodo que tuvo contrato laboral; que se coordinaba con el actor el pago de nómina y decidía a cuales empleados se le pagaba, sucediendo lo mismo con la seguridad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

social y que en algunas ocasiones tuvieron inconvenientes financieros para el pago.

A su vez, el señor JOSÉ ALADINO PEDRAZA BEJARANO en su declaración aludió que trabajó para la demandada como contador; que compartían espacio físico con el actor, aclarando que está vinculado por medio de un contrato de trabajo y que solo asiste a la oficina los lunes y viernes; que no le consta lo atinente a la contratación del demandante, pero que la información contable de Recursos Humanos es suministrada a Contabilidad; que en los días que iba a la oficina veía al demandante en la fábrica y que a veces el demandante llegaba temprano, a veces a las 9:00 A.M. y otras veces él llegaba primero; que creía que el actor tenía libertad en sus horarios, sin que le conste si tenía autonomía para ausentarse de su lugar de trabajo.

MARIBEL SANABRIA CASTILLO en su testimonio expuso que trabaja con la sociedad demandada en el área de compras; igualmente adujo que no le constaba cómo fue la forma de contratación; que el actor tenía un espacio físico dentro de las instalaciones de la empresa para cumplir su labor, que el actor a veces llegaba más temprano o más tarde, sucediendo lo mismo con la salida, y que a partir de determinada fecha se controla el ingreso y la salida con un huellero.

Además, expuso que el área administrativa se entiende con los señores de apellido LUNA, y que la empresa si se atrasa unos días en el pago, pero siempre se ponen al día, que mientras el demandante estuvo incapacitado por la parálisis en el cuerpo, en el área administrativas algunas personas ayudaron para hacer las funciones.

La testigo SONIA LIZETH GUEVARA OLAYA en su declaración señaló que es Abogada de Licitaciones en BACET GROUP S.A.S., sociedad del mismo grupo empresarial de la demandada LGC LETAHER S.A.S., además, indicó que conoció al actor porque trabajaban en las mismas instalaciones desde el año 2016; que su funciones eran manejar el área de Recursos Humanos; no le consta cómo fue contratado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Adujo que el horario en la empresa se controla por medio de un huellero, pero en su caso particular nunca se ha registrado. Que le consta que estuvo incapacitado varios meses por su diagnóstico de Guillain Barré, y que entre varios compañeros le ayudaron con sus funciones.

El Juzgado de oficio el testimonio de la señora LUZ MARINA MOLINA, quien informó que es la madre del demandante; afirma que le comentó que no tenía E.P.S., y que debía pagar médico particular así como que los empleados tampoco tenían E.P.S.; que se enfermó de Guillain Barré por lo que estuvo en cuidados intensivos; sin embargo, el superior le exigía que tenía que trabajar; posteriormente le dieron salida y ella lo cuidó en el apartamento en la incapacidad, mencionando que iban compañeros a visitarlo, personas que él tenía que entrevistar y el mensajero de la empresa, la cual nunca le colaboró para las terapias.

Del examen de los referidos medios de convicción, se puede concluir que en efecto el actor prestó sus servicios a la encartada entre el 20 de octubre de 2016 y el 15 de marzo de 2019, empero, tal como lo dedujo la *a-quo* en el plenario no obran los contratos que suscribieron las partes en las tres etapas en las cuales se dijo que estuvo vinculado el gestor con la demandada, esto es, del 20 de octubre de 2016 al 15 de diciembre de 2016, mediante contrato de trabajo, del 16 de diciembre de 2016 al 30 de mayo de 2018, por medio de uno de prestación de servicios y del 1º de junio de 2018 al 15 de marzo de 2019, mediante un contrato de trabajo a término indefinido; de otra parte, la prueba testimonial dio cuenta de la existencia continua y subordinada de la prestación del servicio, lo cual desvirtúa que se hayan presentado varias contrataciones.

Y ello es así, por cuanto como se expuso en precedencia, la misma demandada aceptó la prestación de servicios del actor a su favor entre el 20 de octubre de 2016 y el 15 de marzo de 2019 en el área de Recursos Humanos, siendo su último cargo el de Líder de Recursos Humanos y Nómina, como se indica en la liquidación del último contrato (Fl. 116 archivo 01), aspectos que fueron confirmados por los testigos y el mismo gestor en la declaración.

Ahora, si bien no puede perderse de vista la manifestación que efectuó el actor frente al contrato de prestación de servicios que acordaron las partes entre el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

16 de diciembre de 2016 y el 30 de mayo de 2018, aduciendo que él fue quien propuso dicha forma de contratación a la encartada ante las dificultades que se venían presentando con el pago de la seguridad social a los trabajadores, lo cierto es que la pasiva aceptó tal propuesta, teniendo la facultad de no acceder a ello, en tanto, el fin único era ocultar la existencia de una verdadera relación laboral y las falencias que se venían presentando ante el pago de las obligaciones a cargo del empleador.

Además, se le exigió el cumplimiento de horario de trabajo, aspecto que reiteraron los testigos SANDRA MILENA CHAGUALA DÍAZ y BORIS MOSCOTE TORRES, quienes laboraron para la accionada desde el 16 de enero de 2017 y el 4 de mayo de 2018, respectivamente, por espacio de 6 meses cada uno, es decir, al inicio y el final de la supuesta relación contractual.

Igualmente, los aludidos testigos fueron contestes al señalar que el actor en las mañanas llegaba primero que ellos y que cuando ellos se iban, por lo general seguía en su puesto de trabajo; también cabe memorar que los testigos de la parte demandada afirmaron al unísono que el actor tenía un espacio de trabajo designado en las instalaciones de la sociedad demandada y que lo veían en su lugar de trabajo cuando ellos estaban en ese lugar, según manifestó el testigo JOSÉ ALADINO PEDRAZA BEJARANO, igualmente, la testigo LUZ MARINA MOLINA fue contundente en afirmar que durante la incapacidad generada al actor de enero a marzo de 2018 por su diagnóstico de Guillain Barré, seguía prestando sus servicios desde su casa.

Deviene de expuesto, la falta de credibilidad a la versión de la accionada respecto a que el actor tenía autonomía en el desarrollo de sus funciones en el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 2016 y el 30 de mayo de 2018, pues cualquier ausencia esporádica de su lugar de trabajo en ese tiempo, puede entenderse que fue con ocasión de las incapacidades que presentó y la atención a las afectaciones de salud de los demás trabajadores a las cuales debía acudir fuera del sitio de trabajo.

Igualmente, huelga señalar que no se pudo corroborar que la prestación de servicios del actor entre octubre de 2016 y marzo de 2019 fuese interrumpida y que además en vigencia del supuesto contrato de prestación de servicios



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

hubiese tenido total autonomía para desarrollar las funciones que le fueron encomendadas, lo que impone concluir como lo hizo la juez de primer grado, que entre las partes existió un único contrato de trabajo del 20 de octubre de 2016 al 15 de marzo de 2019, aclarándose que si bien el promotor indicó que posterior a esta última calenda siguió prestó sus servicios a la accionada por medio de un contrato de prestación de servicios, también lo es que precisó que solo acudía dos días a la semana, sin que manifestara en el trámite procesal que se trató de un vínculo contractual de índole laboral, el que tampoco reclamó.

En esa medida, al no haber derruido la demandada la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., la cual operaba por disposición legal en su contra, ello compele a la Sala a confirmar la sentencia de primer grado, que declaró la existencia de un único contrato de trabajo del 20 de octubre de 2016 al 15 de marzo de 2019.

Acorde con lo anterior, y ante la inconformidad de la demandada sobre la procedencia de las condenas impuestas en la sentencia de primera instancia, debe mencionar esta Colegiatura que al haberse declarado la existencia de un contrato de trabajo y no estar probado el pago de las prestaciones sociales y las vacaciones que se generaron del 16 de diciembre de 2016 al 30 de mayo de 2018, era viable emitir las condenas deprecadas por el actor en tal sentido, como lo hizo la juez de instancia, debiendo precisar este Juez Colegiado que no ahondará en los montos establecidos en primera instancia por tales conceptos, pues no fueron objeto de controversia por parte del actor y la demandada, siendo objeto de su disenso la condena impuesta por concepto de la sanción por no consignación de las cesantías y el pago de aportes a seguridad social en pensión.

De otra parte, para los fines pertinentes se tendrá como salario mensual devengado del 20 de octubre al 15 de diciembre de 2016, la suma de \$1.500.000.; del 16 de diciembre de 2016 al 30 de mayo de 2018, \$2.500.000 y del 1º de junio de 2018 al 15 de marzo de 2019, \$2.800.000, pues así se expuso en los hechos 1, 5 y 21 de la demanda y la convocada a juicio así lo aceptó en la contestación a la misma, lo que igualmente se colige con las liquidaciones que se realizaron por el primer y en el tercer contrato que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aparentemente sostuvieron las partes (Fls. 114 y 115- archivo 01). En consecuencia, se modificará y adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado precisando tal aspecto.

De igual manera, respecto de las condenas al *a quo* las liquidó desde el 16 de diciembre de 2016 hasta el 30 de mayo de 2018, lo cual no fue objeto de alzada, por lo cual la liquidación abarcará tal período.

d. De la Sanción por la No Consignación de las Cesantías:

Alega la demandada que no se debió fulminar condena por tal concepto pues la juez de instancia reconoció que actuó de buena fe, más si se tiene en cuenta que liquidó los contratos con el pleno convencimiento de estar actuando con apego a la ley.

Al respecto, y en tratándose de este tipo de indemnización debe indicarse que su finalidad es proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, por tanto, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que estas conductas pudiesen causar al trabajador.

En efecto, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, previó una sanción para quienes no consignaran las cesantías dentro del término previsto por el legislador, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la consignación, la cual además no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras, en sentencias SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019 y SL4897-2021, Radicación No. 84958 del 26 de octubre de 2021.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En lo atinente al análisis del principio de la buena fe como determinante para que opere la imposición de la sanción por no consignación de las cesantías en un Fondo, debe memorarse lo sostenido por la Alta Corporación en sentencia SL2833-2017 Radicación No. 53793 del 1º de marzo de 2017, en la que dijo:

"Debe recordarse, que la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.

"Del mismo modo, cabe destacar, que, en lo referente a la sanción por la no consignación al fondo de cesantías consagrada en el num. 3º art. 99 de la Ley 50 de 1990, es criterio de la Sala que, al igual que la del artículo 65 del CST, por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador."

Reiterándose que la imposición de dicha sanción debe estar precedida de un análisis acorde con las particularidades de cada caso, conforme se ha señalado entre otras, en sentencia SL3614-2020, Radicación No. 84011 de 9 de septiembre de 2020.

Cabe destacar que a juicio del *a quo* no operaba la imposición de la indemnización establecida en el artículo 65 del C.S.T., en atención a que la demandada actuó bajo el convencimiento de que las partes se encontraban en desarrollo de un contrato de prestación de servicios y no de una relación laboral del 16 de diciembre de 2016 al 30 de mayo de 2018 y que procedió al pago de lo correspondiente a las prestaciones generadas por el primer y último contrato de trabajo, además el actor consintió la existencia del contrato de prestación de servicios y el no pago de aportes a seguridad social a su favor y el de sus compañeros, por lo que absolió a la demandada de tal pedimento. Por el contrario, emitió condena por la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin exponer mayor argumento sobre el particular.

De cara a lo anterior, si bien es evidente que el solo hecho hechos de suscribir un contrato de prestación de servicios, no acredita la buena fe patronal,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aunado a ello que si el actor fuese quien propuso a la sociedad convocada a juicio que a partir del 16 de diciembre de 2016 el vínculo contractual se diera a través de un contrato de prestación de servicios, subsistiendo de esa forma, según dijo hasta el 30 de mayo de 2018, también lo es, que esa propuesta se señaló que fue a razón de las dificultades que se venían presentando con el pago de la seguridad social a los trabajadores entre los cuales se incluía el gestor, lo cual también se refirió por la prueba testimonial, en cuanto al incumplimiento de tal obligación del empleador, lo cual fue aceptado por la enjuiciada sin efectuar reparo alguno, pese a que en el fondo entre las partes siguió existiendo un vínculo de carácter laboral, como se expuso anteriormente.

Ocultando así la existencia de una verdadera relación laboral y evadiendo el cumplimiento a las obligaciones que tenía a su cargo como empleador, ofrecimiento que, aun proveniendo del trabajador, es desacertado, siendo reprochable desde todo punto de vista que la demandada siendo la parte fuerte de la relación en su calidad de empleador, haya obtenido ventaja de tal situación.

En esa medida, no son de recibo las manifestaciones que esgrime la accionada en la contestación de la demanda y en la alzada, aludiendo que estaba bajo el amparo de un contrato de prestación de servicios y le fue reconocido un actuar de buena fe por parte de la juez de primer grado, conclusión a la cual allegó al analizar la condena deprecada por concepto de sanción moratoria de que tratar el artículo 65, respecto de la cual las partes no efectuaron reparo alguno frente a la absolución de tal pretensión; pues como se indicó anteriormente, para la Sala si resulta reprochable el actuar del empleador siendo evidente que no actuó de buena fe, sustrayéndose de la obligación legal de consignar en un Fondo como es debido, las cesantías causadas por ese concepto durante la vigencia de la relación laboral, las que si bien el actor indicó que pedía para pagar sus estudios, no se pudo establecer con claridad tal situación y el control que al respecto efectuaba la accionada, en consecuencia, se confirmará la decisión de la *a quo* en tal sentido, por las razones aquí aludidas.

En esa medida, y dado que la parte demandada en su impugnación presenta inconformidad frente a los montos reconocidos en primera instancia por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sanción por no consignación de las cesantías, en tanto, la juez de primer grado tomó como salario base para liquidar las cesantías del 16 de diciembre de 2016 al 30 de mayo de 2018 la suma de \$2.800.000; por lo que procede esta Colegiatura a verificar lo pertinente, memorando que la falladora de instancia refirió sobre el particular que la sanción por no consignación de las cesantías por el año 2016, corría desde el 14 de febrero de 2017, a razón de un salario diario por cada día de retardo hasta la terminación del nexo contractual, esto es, hasta el 15 de marzo de 2019 en suma de \$93.333 diarios, arrojando un total de \$69.999.750.

En punto de lo anterior, se advierte que en primera instancia se estableció como salario la suma de \$2.800.000, sin embargo, la demandada aduce que tal condena debe ser tasada teniendo en cuenta el salario devengado en cada anualidad, sobre el particular imperioso resultar traer a colación lo reseñado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, la cual en sentencia SL3614-2020, Radicación No. 84011 de 9 de septiembre de 2020, dijo lo siguiente: *"Ahora bien, esta Sala ha explicado que la sanción analizada se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral, además el parámetro para su cómputo es el salario con el cual se liquida la cesantía (CSJ SL, 3 jul. 2013, rad. 40509; CSJ SL665-2013 y CSJ SL912-2013)".*

Acorde con lo anterior, es menester ahondar en el valor devengado por el actor en cada anualidad desde el 16 de diciembre de 2016 al 30 de mayo de 2018, como quiera que fue el periodo por el cual no se probó la consignación de las cesantías en el respectivo fondo, acotándose que en precedencia se indicó que el demandante devengó como salario mensual en el citado periodo la suma de \$2.500.000, base sobre la cual se calcularan la citada sanción, como viene de verse.

Acorde con lo anterior, al efectuar las operaciones aritméticas del caso, se obtiene un total por sanción por no consignación a las cesantías la suma de \$62.583.333, el cual se obtiene de la siguiente forma:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

AÑO	DESDE	HASTA	SALARIO MENSUAL	SALARIO DIARIO	DIAS	TOTAL
2016	15/02/2017	14/02/2018	2.500.000	83.333	360	30.000.000
2017	15/02/2018	14/02/2019	2.500.000	83.333	360	30.000.000
2018	15/02/2019	15/03/2019	2.500.000	83.333	31	2.583.333
						62.583.333

En consecuencia, se modificará la sentencia de primer grado, que dispuso el pago de \$69.999.750, por dicho emolumento; para en su lugar, ordenar el pago por de \$62.583.333.

e. Del Pago de Aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones:

Manifiesta la demandada en su alzada que es inadmisible la condena por el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social del 20 de octubre de 2016 al 15 marzo de 2019, en el entendido que existieron tres contratos diferentes y que además deben tenerse en cuenta los pagos que realizó, de los cuales hay constancia.

Sobre el asunto, cabe mencionar que el Sistema General de Pensiones establece en el art. 15 de la Ley 100 de 1993, la obligación de afiliar a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo. De igual forma, el artículo 17 *ibidem*, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, establece que debe efectuarse las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones en vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

Entre tanto, el art. 22 de la misma obra, impone al empleador la obligación de realizar el aporte a pensión, así:

(...)

"ARTICULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador es responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontar el salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladar estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.”

Adicionalmente, el Alto Tribunal ha hecho precisión sobre los efectos de la falta de afiliación y su diferencia con la mora en el pago de aportes, al abordar el tema en sentencia SL1342-2019, Radicación No. 74146 de 10 de abril de 2019:

“En este punto considera la Corte oportuno señalar que el actor confunde las consecuencias en la omisión de la afiliación con las de la mora en el pago de aportes. Cuando acontece lo primero, se reitera, lo pertinente es el pago del cálculo actuarial para que se integre el capital que se requiere para el otorgamiento de la pensión de vejez. Por su parte, la segunda, se genera cuando existe el deber legal del empleador de realizar aportes al sistema de pensiones, a partir del momento de una afiliación válida y bajo los diferentes supuestos consagrados en la legislación y, en ese caso, la consecuencia consiste en tener en cuenta el período que la entidad de seguridad social no cobró.

Desde esta perspectiva, es equivocado afirmar que la entidad de seguridad social estaba en la obligación de realizar gestiones de cobro por los aportes a pensiones no efectuados en períodos en que hubo omisión en la inscripción por falta de cobertura del ISS, puesto que no existía el deber de afiliación. En ese sentido, la conclusión del Tribunal fue acertada.”

Teniendo en cuenta la normativa en comento, no se denota yerro alguno por parte de la juzgadora de primer grado al emitir condena por tal concepto, en tanto, se demostró que el pago de aportes al sistema general en pensiones a favor del actor por parte de la demandada entre el 20 de octubre de 2016 y el 15 de marzo de 2019, fue parcial en algunos periodos y en otros no fueron sufragados, encontrándose que en el caso del año 2016 solo se pagaron 12 días por el mes de octubre sobre un IBC de \$600.000 y a su vez se reportó novedad de ingreso y retiro por ese mismo mes, pese a haberse establecido que la relación laboral inició el 20 de octubre de esa anualidad, a su vez, se encuentra novedad de ingreso y pagos al sistema de seguridad social de junio de 2018 a febrero de 2018 sobre un IBC de \$2.800.000, habiendo finalizado la relación laboral el 15 de marzo de ese año. (Fls. 119 a 124 archivo 01).

En consonancia con lo anterior, es palpable que le asiste la razón a la demandada al sostener que había realizado pagos en algunos periodos. Adicionalmente, debe mencionarse que el IBC a reportar corresponde al salario mensual devengado por el actor del 20 de octubre al 15 de febrero de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2015, en suma de \$1.500.000; del 15 de diciembre de 2016 al 30 de mayo de 2018, por \$2.500.000 y del 1º de junio de 2018 al 15 de marzo de 2019, por monto de \$2.800.000.

Así las cosas, se modificará y adicionará el numeral sexto de la adición a la sentencia de primer grado emitida el 28 de junio de 2022, en el sentido de condenar a la sociedad demandada a pagar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, ante la administradora donde se encuentre afiliado el demandante, previa elaboración del cálculo actuarial en aquellos períodos que no medió afiliación o los aportes en mora si hubiere afiliación, según corresponda, por el periodo del 20 de octubre de 2016 al 15 de marzo de 2019, para lo cual se deberá tener en cuenta el salario establecido para cada mensualidad y los pagos que haya efectuado la demandada de manera total o parcial en el interregno antes referido. **COSTAS** en esta instancia por a cargo de la demandada y a favor del actor.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia emitida el 28 de junio de 2021 por el JUZGADO TREINTA Y CUATRO LABORAL DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., que declaró que el salario devengado por el actor corresponde a \$2.800.000; para en su lugar precisar que el salario mensual devengado por el demandante del 20 de octubre al 15 de febrero de 2015, correspondió a la suma de \$1.500.000; del 15 de diciembre de 2016 al 30 de mayo de 2018, ascendió a la suma mensual de \$2.500.000 y del 1º de junio de 2018 al 15 de marzo de 2019, fue de \$2.800.000 mensuales.

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia de primer grado, que condenó al pago de \$69.999.750, por concepto de Indemnización Moratoria del artículo 99 Ley 50 de 1990; para en su lugar, condenar al pago de \$62.583.333 por tal concepto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TERCERO: MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral sexto de la adición a la sentencia de primer grado, proferida el 28 de junio de 2022, que dispuso condenar a la demandada a pagar los aportes a seguridad social en pensión, ante el fondo administrador de pensiones donde está afiliado el demandante y previa elaboración del cálculo actuarial que para el efecto realice el mismo y a su entera satisfacción, en virtud de la relación laboral se desarrolló entre el 20 de octubre de 2016 y el 15 de marzo de 2019.

Para en su lugar, condenar a la demandada a pagar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, ante la administradora donde se encuentre afiliado el demandante, previa elaboración del cálculo actuarial en aquellos períodos que no medió afiliación o los aportes en mora si hubiere afiliación, según corresponda, por el periodo comprendido entre el 20 de octubre de 2016 hasta el 15 de marzo de 2019, para lo cual se deberá tener en cuenta el salario establecido para cada mes en el numeral anterior, y los pagos de aportes a pensión que haya realizado la demandada de manera total o parcial en el interregno antes referido, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado y su adición de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta decisión.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada y a favor del actor. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$1.000.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya *Carlo Alberto Cortes Corredor*
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral: **1100131050 34 2019 00516 01**

Demandante: **ELIANA HERNANDEZ TORRES**

Demandada: **COVINOC S.A.**

Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida el 27 de mayo de 2022 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ELIANA HERNÁNDEZ TORRES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad COVINOC S.A., con la finalidad que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 12 de febrero de 1995 y el 18 de febrero de 2019, el cual terminó por decisión unilateral de la trabajadora y por causas imputables a la sociedad empleadora.

Como consecuencia, se condene a la accionada a la reliquidación de prestaciones sociales causadas durante toda la vigencia de la relación laboral; la indemnización por despido indirecto, debidamente indexada; la reparación integral de perjuicios; la indemnización moratoria más lo que se encuentre probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como fundamento de sus aspiraciones adujo que prestó sus servicios personales en favor de la sociedad accionada desde el 12 de febrero de 1995 hasta el 18 de febrero de 2019, desempeñando como último cargo el de Supervisora de Cobranzas, devengando una remuneración básica más comisiones por cobranzas, ascendiendo el último salario devengado a la suma de \$3.354.588.

Que en vigencia de la relación laboral se suscribieron varios contratos de trabajo en febrero de 1995, 24 de mayo de 1999 y 9 de julio de 2001; que el 1º de diciembre de 2000 las partes celebraron un contrato de prestación de servicios, no obstante, en virtud del mismo debía cumplir con las actividades correspondientes al objeto social de la accionada, tiempo durante el cual se omitió el pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social; de igual manera se suscribieron otrosíes los días 10 de diciembre de 2012, 14 de mayo de 2013, 1º de marzo de 2017 y 1º de marzo de 2018.

Que en el mes de octubre de 2014 ocurrió el cambio del director de Cobranzas, siendo designado el señor JOHN FREDY MIRANDA MARTÍNEZ, momento desde el cual se presentó un inadecuado ambiente laboral; que la accionante se desempeñaba como Supervisora *New Credit*, teniendo a cargo a 22 asesores, por lo cual debió intermediar a fin que el Director tuviese un mejor comportamiento, lo cual ocasionó que se iniciara una persecución laboral en su contra

Relata que en enero de 2017 fue diagnosticada con Bronconeumonía, siendo incapacitada, frente a lo cual el Director le señaló que debía laborar incluso estando con incapacidad médica, lo cual le generó complicaciones en su salud, siendo remitida a psicología, trasladando con posterioridad su caso ante el Comité de Convivencia, sin que se haya superado dicha situación, por lo que en reunión sostenida con el Presidente de la compañía, se decidió que sea trasladada al cargo de Supervisora de Cobranzas Reintegra 15.

Señala que el 31 de octubre de 2018 se le informó que durante el mes de noviembre de 2019 debía reemplazar al trabajador ALEX VALENCIA, Supervisor de Covicheque, y que recibiría por concepto de comisión fija la suma de \$1.500.000; señala que pese a tener un excelente desempeño, no era factible que devengara las comisiones del anterior cargo y pese a que se informó dicha situación a la Gerente CLAUDIA VILLAMIL, quien le refirió que se evaluaría el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

escenario, lo cierto es que no fue reintegrada, señalándose que el cargo lo habían asignado a la señora SUSANA LÓPEZ, quien se reintegraba de una licencia de maternidad. Refiere que posteriormente es ubicada en otra operación de cobranzas de la empresa, sin ser capacitada ni tener portafolio asignado.

Que el 18 de febrero de 2019 se ve obligada a dar por terminado el contrato de trabajo, debiendo además solucionar un crédito hipotecario que había adquirido con el FONDO DE EMPLEADOS DE COVINOC; finalmente, que a la terminación del contrato le fueron liquidadas las prestaciones sociales con un salario inferior al devengado en el último año de servicios y solo sobre el tiempo servido entre el 9 de julio de 2001 y el 18 de febrero de 2019.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada contestó la demanda con oposición a las pretensiones elevadas en su contra, señalando que la accionante prestó sus servicios para la compañía en cuatro (4) oportunidades diferentes, del 12 de enero de 1995 al 19 de mayo de 1999, desempeñando el cargo de Asesora de Cobranzas, del 24 de mayo de 1999 al 30 de octubre de 1999, desempeñando el cargo de Asesora de Cobranzas, del 5 de noviembre de 1999 al 15 de noviembre de 2000, desempeñando el cargo de Asesora de Cobranzas y del 9 de julio de 2001 al 18 de febrero de 2019.

Señala además que la renuncia fue pura y simple, máxime que la sociedad empleadora realizó todo el seguimiento a las quejas presentadas por un supuesto acoso laboral de parte del señor JOHN FREDY MIRANDA MARTÍNEZ, Director de Cobranzas, aunado a ello que los distintos traslados que se dieron entre las áreas de la compañía, se hicieron con el fin encontrar alternativas frente a las inconformidades que presentó, sin que existiera desmejora alguna.

Propuso y sustentó las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de mayo de 2022, declaró que entre la demandante ELIANA HERNANDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TORRES y la SOCIEDAD COVINOC S.A., existieron cuatro contratos de trabajo pactados a término indefinido, vigentes entre (i) el 12 de enero de 1995 y el 19 de mayo de 1999; (ii) el 24 de mayo de 1999 y el 30 de octubre de 1994; (iii) el 5 de noviembre de 1999 y el 16 de noviembre de 2000; y (iv) entre el 1º de diciembre de 2000 y el 18 de febrero de 2019, siendo el último salario devengado la suma de \$2.460.000.

Condenó a la accionada al pago de \$31.980.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T. y declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

Para arribar a esa conclusión, adujo que no es posible inferir un único contrato de trabajo, toda vez que entre una y otra relación mediaron la expedición y suscripción de cartas de renuncia voluntarias presentadas por la demandante el 3 de noviembre de 1999 y el 16 de noviembre de 2000; de igual manera que la accionada no desvirtuó la presunción del artículo 24 del C.S.T. en el período en el que se suscribió el contrato de prestación de servicios.

En lo atinente al despido indirecto, estimó que la demandante expuso que se presentó un abuso del *ius variandi*, en tanto se suscitaron constantes cambios y traslados que la demandada le había ordenado y que habían generado un detrimiento en su calidad de vida, circunstancias que implicaban una inestabilidad y desmejoramiento de la remuneración salarial, lo cual encontró acreditado, en tanto el cambio constante de áreas de servicio y la reasignación de funciones constantes, atenta contra sus garantías mínimas laborales, máxime que en todos y cada uno de los otros, la modificación estaba encaminada a desmejorar el monto del salario variable que devengaba.

De otra parte, que la misiva de renuncia hace referencia a los malos tratos recibidos de su jefe inmediato y las quejas que presentó por acoso laboral, frente a lo cual la *a quo* estima que se presentan tenues e incipientes resultados en la gestión del mejoramiento del ambiente organizacional de la empresa, que implicaban básicamente la convocatoria a reuniones y formulación de recomendaciones generales, sin que el Comité de Convivencia Laboral adoptara mecanismos adecuados para conjurar este tipo de relacionamiento inadecuado y violento de uno de sus representantes, lo cual se acredita con las declaraciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de YAMILE NOVOA CASTILLO e INGRID TATIANA PARRA DÍAZ, evidenciándose además una posición tolerante y permisiva de abuso.

Finalmente, señaló que no se acreditó el acaecimiento de perjuicios, a efectos de dar prosperidad a la pretensión de reparación integral.

En adición de la sentencia, tras solicitud de la parte demandante, la *a quo* refirió que no es dable verificar una cuantificación del valor de las comisiones a efectos de reliquidar las acreencias laborales, máxime que no se especificó el valor de las prestaciones insolutas ni se expuso de manera concreta en los hechos de la demanda en qué términos se pretendía la reliquidación, por lo cual no habiendo lugar a imponer condena por el reconocimiento y pago de la reliquidación de las prestaciones sociales, tampoco hay lugar al estudio al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión de la *a quo* la parte demandante la apeló. Señaló que la conclusión final a la que se llegó, es que el extremo inicial de la última relación laboral se fijó para el 1º de diciembre de 2000, y si se confronta la liquidación final de prestaciones sociales, la misma solo tiene en cuenta el tiempo servido a partir del 9 de julio de 2001, motivo por el cual si resultaba procedente la reliquidación del auxilio de cesantías y los intereses a las cesantías. De otro lado que si se demostró la causación de los perjuicios materiales y morales reclamados en la demanda.

Por su parte la sociedad accionada interpuso recurso de alzada, sustentándolo en que el contrato de prestación de servicios que existió entre las partes, no es dable estimarlo como un contrato de trabajo en virtud del principio de primacía de la realidad, ello en tanto el empleador sí logró acreditar que esa relación estaba permeada de total autonomía e independencia, libre de toda subordinación, lo cual se extrae de la ausencia algún tipo de orden o instrucción que de manera particular le hubiese impuesto la sociedad, aunado a ello que no existe ninguna constancia de que se le haya adelantado algún tipo de proceso disciplinario ni que se le hayan impuesto reglamentos o directrices sobre la forma en la que debía ejecutar el servicio contratado, o el cumplimiento de horario de trabajo, sin que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el hecho que haya mediado además un contrato de arrendamiento locativo, desnaturalice al contrato de prestación de servicios, o se haya constituido como una manera de vulnerar derechos de la demandante, máxime que las funciones eran distintas.

De igual manera señala que no operó un abuso del *ius variandi*, en tanto de las pruebas aportadas al plenario, se extrae que siempre existieron razones del servicio en virtud de los cuales era necesario efectuar algún tipo de traslado, los cuales además eran acordados con la trabajadora, sin que se haya acreditado algún vicio del consentimiento, como error, fuerza o dolo.

De otra parte, que no es cierto que se actuó con el objeto de disminuir el salario de la accionante, en tanto de los desprendibles de nómina se evidencia que en ningún momento se le dejó de solucionar a la demandante el valor del salario básico, aunado a ello que el factor variable de las comisiones estaba atado a la ejecución y cumplimiento de metas, y por ende las fluctuaciones no dependen del empleador sino del desempeño de la trabajadora, sin que al plenario se aportaran pruebas para determinar si se cumplieron las metas a efectos que las comisiones no se redijeran.

De otra parte, señala que la *a quo* no tuvo en cuenta el presupuesto de la inmediatez, toda vez que en la misiva de renuncia se invocan supuestas situaciones acaecidas con más de un año de anterioridad, específicamente las quejas por supuesto acoso laboral, máxime para la fecha de la renuncia no fungía como su superior el señor JOHN MIRANDA.

Así mismo, que no se acreditó que la accionante haya sido objeto de malos tratos, pues la prueba testimonial solo dio cuenta de situaciones propias de los testigos, quienes señalaron no constarle lo atiente a al demandante; asimismo, no demostró que el señor JHON MIRNDA haya sido objeto de ascensos y gratificaciones, a efectos de concluir que la empleadora fue tolerante con el supuesto acoso laboral.

De igual manera, señala que no se acreditó que se haya ordenado a la accionante asistir a su lugar de trabajo estando incapacitada. Finalmente, solicita se revise



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la condena por indemnización por despido indirecto, pues el monto determinado, supera el consagrado en la ley.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar la existencia del contrato de trabajo y si tuvo existencia en los extremos laborales señalados por la *a-quó*; de otra parte, si debe prosperar la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantías e intereses a las cesantías; así como los perjuicios morales y materiales; y de otra parte, si se debe revocar al condena por despido indirecto, así como la cuantía de la indemnización en el evento de establecer su procedencia.

c. De la Relación Laboral:

Inicialmente se debe acotar que se declaró por la *a-quó* que como medio vinculante entre las partes, operaron los siguientes contratos de trabajo:

a) Contrato de trabajo con vigencia entre el 12 de enero de 1995 y el 19 de mayo de 1999; b) contrato de trabajo vigente entre el 24 de mayo de 1999 y el 30 de octubre de 1994; c) contrato de trabajo del 5 de noviembre de 1999 al 16 de noviembre de 2000; y d) contrato de trabajo con vigencia entre el 1º de diciembre de 2000 y el 18 de febrero de 2019.

Respecto del último interregno, se estimó en primera instancia que, en virtud del principio de primacía de la realidad, consagrado en el artículo 53 Superior, el período inicial entre el 1º de diciembre de 2000 y el 8 de julio de 2001, no estuvo regido por un contrato de prestación de servicios, conclusión de la que disiente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la sociedad demanda, al señalar que desvirtuó en dicho interregno la subordinación propia de los contratos de trabajo.

Ahora bien, es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *eiusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, SL2240-2022, Radicación No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL2186-2022, Radicación No. 89890 del 29 de junio de 2022, SL2189-2022, Radicación No. 90418 del 29 de junio de 2022, entre otras.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que ataña al elemento subordinante para la configuración de una verdadera relación laboral precisó:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada”

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”

Ahora bien, de la revisión del plenario se advierte que se aportó el contrato de prestación de servicios suscrito el 1º de septiembre de 2000, a término indefinido, el cual tenía por objeto (Fl. 61):

“CLAUSULA SEGUNDA. PROCEDIMIENTO: a.) EL CONTRATANTE a su criterio y libre albedrío, entregará a LA CONTRATISTA las obligaciones de cartera que se encuentren en mora, a fin de que ésta realice el cobro PREJURIDICO sobre el saldo insoluto de la obligación, los intereses, los costos y gastos de cobranza y/o las sanciones comerciales a que dé lugar; b) Una vez asignadas las obligaciones a la CONTRATISTA, ésta tratará por todos los medios éticos a su alcance y herramientas que utilice por su cuenta, de lograr



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el recaudo de los saldos en mora, utilizando para el efecto llamadas telefónicas, correo directo, covigramas, visitas domiciliarias, etc., en nombre de EL CONTRATANTE y conservando siempre una excelente imagen de COVINOC.

De igual manera, se aportó el contrato de arrendamiento de estación de trabajo suscrito el 1º de septiembre de 2000, a efectos del cumplimiento del contrato de prestación de servicios, del cual se extrae:

"OBJETO: Conceder el goce de una estación de trabajo del área de Cobranzas de la SEDE CENTRO, de 1.20 metros por 1.50 metros, ubicado en la Calle 19 No. 7-48, PISO 8º. De Bogotá D. C., y de los elementos que en el se encuentran como son: un computador con software instalado y acceso a aplicativos para realizar la labor, una silla secretarial tapizada en paño, acceso a línea telefónica con su respectivo aparato de teléfono.

"Los elementos materia de arrendamiento se encuentran en perfecto estado de conservación e inventariados y asignados para uso exclusivo de dicha estación de trabajo".

Las anteriores documentales, dan cuenta de la prestación personal del servicio de la accionante desde el 1º de septiembre de 2000, ejecutando labores de cobro de cartera en beneficio de la sociedad COVINOC S.A., motivo por el cual se presume que la misma estuvo regida por un contrato de trabajo, teniendo la accionada la carga de la prueba de desvirtuar dicha situación.

Ahora bien, aduce la recurrente que tal presunción fue derruida por pasiva, ante la ausencia de órdenes o instrucciones, procesos disciplinarios o cumplimiento de horario de trabajo, aunado a ello que las funciones eran distintas.

Sobre el particular, se debe referir que *a contrario sensu* de lo señalado por el recurrente, no se aportó prueba alguna que acreditaría la autonomía e independencia que en apariencia ejecutaba la accionante la prestación del servicio; al respecto la testigo ESPERANZA PEDREROS GALINDO, refirió que en el término en que suscribieron el contrato de prestación de servicios así como el contrato de trabajo, lo cierto era que debían cumplir horario de trabajo; de igual manera señaló que las funciones que cumplían eran las mismas desarrolladas con anterioridad, esto es, cuando estaban vinculadas por contrato de trabajo, atinentes al cobro de cartera, acotando incluso que se presentaban los mismos actos de subordinación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, no se advierte que los restante testigos hayan afirmado que la prestación del servicio en dicho interregno haya sido de manera autónoma e independiente, ni se aportó medio de convicción distinto de la documental transcrita que dé cuenta de la verdadera existencia de la ejecución de un contrato de prestación de servicios de manera autónoma.

Así las cosas, no es dable revocar la sentencia por lo argumentado por el recurrente; ello en tanto, adujo que no se acreditó la existencia de procesos disciplinarios, lo cual no desvirtúa la presunción, pues tenía la carga de la prueba de demostrar la ejecución autónoma e independiente, lo cual, no solo no fue acreditado, sino que por el contrario la prueba testimonial antes referida, dio cuenta del cumplimiento de órdenes y de un horario de trabajo.

De igual manera, el contrato de arrendamiento del puesto de trabajo no desvirtúa la subordinación, pues lo cierto es que se demostró que la accionante continuó ejecutando las mismas funciones para las cuales había sido vinculada anteriormente mediante contrato de trabajo.

Por lo anterior, concluye la Sala que por pasiva en manera alguna se desvirtuó la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado en lo atinente a los extremos laborales de la última relación laboral.

d. Reliquidación del Auxilio de Cesantías e Intereses a las Cesantías e indemnización moratoria:

Estimó la *a quo* que por activa se pretendió de manera genérica la reliquidación de prestaciones sociales, en tanto no se especificó el valor de las prestaciones insolutas ni se expuso de manera concreta en los hechos de la demanda en qué términos se pretendía la reliquidación; aunado a ello que no es dable verificar una cuantificación del valor de las comisiones a efectos de reliquidar las acreencias laborales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por pasiva se disiente de dicha conclusión, refiriendo que la última liquidación de prestaciones sociales no tuvo en cuenta el término en el que estuvo vigente el contrato de prestación de servicios, lo cual impacta lo atinente al auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, mismas que se causan a la finalización del vínculo laboral.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia SL116-2021, Radicación No. 68963 del 27 de enero de 2021, en la cual se trajo a colación la sentencia del 10 de marzo de 1998, Radicación 10439, señaló:

"Al respecto, conviene recordar lo sostenido por esta Sala de la Corte, en la sentencia, oportunidad en la que expresó lo que a continuación se transcribe:

"El derecho de defensa y el debido proceso exigen que la relación jurídica procesal quede delimitada al inicio en el juicio. Es por eso que el demandante al elaborar su demanda laboral debe ser cuidadoso no sólo al formular las pretensiones, sino de manera muy especial al presentar los hechos que constituyen la causa petendi. Si bien las falencias en cuanto a las primeras pueden ser reparadas en los juicios del trabajo por el juzgador de primer grado, en desarrollo de la facultad extra petita, a condición de que los hechos que le sirven de apoyo hayan sido planteados y discutidos en juicio, no puede ese mismo funcionario, ni ningún otro, corregir el rumbo del proceso trazado por el accionante, alterando la causa petendi en que éste fincó su acción".

Para desatar dicho punto de apelación se tiene que en el acápite de pretensiones de la demanda, se deprecó que se declare la existencia de un único contrato de trabajo, con vigencia entre el 12 de febrero de 1995 y el 18 de febrero de 2019, es decir “durante 24 años y 6 días”; y de manera consecuencial a dicha pretensión, solicitó que se condene a la accionada a “*la reliquidación de prestaciones sociales causadas durante toda la vigencia de la relación laboral teniendo en cuenta el verdadero tiempo de servicios*”.

De igual manera, en el supuesto fáctico de la demanda, se señaló que “*La liquidación final de prestaciones sociales practicada a la trabajadora tuvo en cuenta únicamente el tiempo servido entre el 9 de julio de 2001 y el 18 de febrero de 2019*”.

Ahora bien, del análisis de la demanda se tiene que por activa se deprecó una “*reliquidación*” de prestaciones sociales, la cual partía de la base de la declaratoria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de existencia de un único contrato de trabajo con vigencia entre el 12 de febrero de 1995 y el 18 de febrero de 2019, pretensión que debe interpretarse en el sentido que se buscaba el pago de las prestaciones sociales por el verdadero tiempo laborado, que como se analizó en precedencia, fue superior al liquidado en el último contrato de trabajo, en tanto se declaró la ineficacia del contrato de prestación de servicios.

Así las cosas, le asiste razón al apelante al deprecar el pago del auxilio de cesantías por el período comprendido entre el 1º de diciembre de 2000 y el 8 de julio de 2001, lo cual se liquida de la siguiente manera:

AÑO	PERÍODO	SALARIO	PRUEBA	CESANTÍAS
2000	1 AL 31 DE DICIEMBRE	\$ 1.317.909	Folio 37 de la CARPETA: (contestación de la demanda 3. Contrato de prestación de servicios.pdf)	\$109.825

Respecto del año 2001, se liquidará el auxilio causado entre el 1º de enero de 2001 y el 8 de julio de la misma anualidad, en tanto el restante pago si se realizó por el empleador. De igual manera, se acogerá como salario lo acreditado en el plenario a través de los certificados, excepto para los meses de abril de 2001, cuando se certifica un pago inferior al salario mínimo y febrero y junio de 2001, del cual no se aportó comprobante, períodos en los cuales se acogerá el salario con el cual se verificaron aportes a seguridad social.

AÑO	PERÍODO	SALARIO	PRUEBA
2001	enero	\$ 1.579.331	Folio 33 CARPETA: (contestación de la demanda 3. Contrato de prestación de servicios.pdf)
	febrero	\$752.000	Fl. 171 de la demanda
	marzo	\$1.326.334	Folio 26 CARPETA: (contestación de la demanda 3. Contrato de prestación de servicios.pdf)
	abril	\$539.000	Fl. 171 de la demanda
	mayo	\$2.584.569	Folio 16 CARPETA: (contestación de la demanda



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

			3. Contrato de prestación de servicios.pdf)
	junio (8días)	\$333.066	Fl. 171 de la demanda
PROMEDIO		\$1.338.372	
CESANTÍAS		\$587.396	

Así las cosas, se condenará a la parte accionada al pago de la suma de \$697.221, prestación que no se encuentra prescrita en tanto se hace exigible a la finalización del contrato de trabajo, sin que transcurrieran más de 3 años desde la terminación del contrato de trabajo y la presentación de la demanda, así como la notificación a la demanda.

De otra parte, los intereses a las cesantías de dicho interregno si se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción, en tanto se hicieron exigibles en diciembre de 2001; aunado a ello que los intereses no se constituyen en prestación social.

En cuanto a la indemnización moratoria, se tiene que se abre paso su estudio, en tanto se formuló el recurso de alzada frente a la decisión de no acceder al pago de prestaciones sociales, siendo esta una pretensión consecuencial de haberse accedido a la reliquidación.

Sobre el particular, estima la Sala que se avizora en el plenario una conducta revestida de buena fe; ello en tanto si bien el período inicial del 1º de diciembre de 2000 al 8 de julio de 2001, se desarrolló bajo un contrato ficto de trabajo, ante la ineffectuación del contrato de prestación de servicios, el cual tenía la finalidad de ocultar la relación laboral, lo cierto es que desde el 9 de julio de 2001 y hasta el 18 de febrero de 2019, la relación se rigió por un contrato de trabajo, con el pago de la totalidad de las acreencias laborales causadas durante más de diecisiete (17) años, lo cual no denota una intención de trasgredir los derechos de la trabajadora, en un tiempo que es abiertamente superior a los sietes (7) meses y siete (7) días de duración del contrato de prestación de servicios declarado ineffectuado.

e. Indemnización por Despido Indirecto:

Sobre la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo por el trabajador, aduciendo justas causas imputables al empleador, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2842-2022, Radicación No. 77827 del



9 de agosto de 2022, señaló:

"Por otra parte, si bien se ha señalado que, frente a un despido, basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para imponer judicialmente los efectos de su finalización injusta; para el caso del «despido indirecto», también le corresponde al trabajador demostrar que la decisión de poner fin al vínculo obedeció, se itera, a justas causas o motivos atribuibles al empleador.

"Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que los mismos también deberán ser comunicados de manera clara y precisa a la empresa. Adicionalmente, las razones que justifican esa decisión de terminar el nexo de trabajo deben ser expuestas por el empleado con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a la ruptura del contrato. Lo anterior quedó condensado en sentencia CSJ SL, 26 jun. 2012, rad. 44155, en la que se dijo:

"El despido indirecto o autodespido es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Esta decisión debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.

"Y en decisión CSJ SL2412-2016, a la que alude la censura en el cargo, se señaló:

"Empero, existen ocasiones en las que pese a que es el trabajador quien toma la determinación de dar por terminado el vínculo laboral, se habla de despido -indirecto-. Ello tiene ocurrencia cuando el empleador ha incurrido en conductas que se enmarcan dentro de las taxativamente señaladas en el lit. b del art. 62 del CST y, a consecuencia de ello, el trabajador se ve forzado a concluir su contrato laboral de manera anticipada.

"Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos legales, no solo es necesario que tal decisión obedezca a los motivos consignados, en principio, en la ley, sino que ellos, deberán ser necesariamente comunicados de manera clara, precisa y por escrito al empleador.

"Adicionalmente, las razones que justifican esa terminación, deben ser expuestas con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a tal terminación.

"Y es que en realidad, la decisión de finiquitar el vínculo contractual en esas condiciones debe realizarse dentro de un término prudencial, razonable, de suerte que no exista duda de que el motivo que se alega como originario del mismo, en realidad lo es; es decir, que se evidencie el nexo causal entre uno y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

otro, lo que lógicamente, no implica que el despido indirecto deba darse de manera inmediata o coetáneamente con el hecho generador del mismo.

"No obstante lo anterior, eventualmente pueden ocurrir situaciones en que resulte imposible cumplir con ese postulado de término razonable y, en tales eventos, le corresponderá, precisamente al trabajador, demostrar que dicha dilación no fue injustificada".

Ahora bien, al plenario se aportó la misiva de renuncia presentada por la demandante el 18 de febrero de 2019 (Fls. 149-153):

"Con el respeto acostumbrado me permito dar a conocer por medio del presente escrito, la decisión que he tomado de renunciar al cargo a partir del 18 de febrero de 2019, y así dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo a término indefinido suscrito con Ustedes desde el día 12 de enero de 1995 hasta la fecha, decisión que me veo obligada a tomar teniendo en cuenta la siguiente situación:

"Desde hace aproximadamente 4 años vengo sufriendo detrimiento en mi calidad de vida, por cuenta de los cambios y traslados que la empresa me ha ordenado. Como consta en sus archivos, el 4 octubre de 2017 me vi obligada a informar al Comité de Convivencia Laboral una situación de maltrato e irrespeto que venía infligiéndome Jhon Miranda mi Jefe Inmediato para la fecha. Como resultado de mi queja recibí una carta con recomendaciones de comportamiento por parte del Comité de Convivencia Laboral las cuales debíamos atender los dos implicados, es decir, el señor Miranda y mi persona.

"Lamentablemente la situación no mejoró para mí, el Señor Miranda continúo con sus actos hostiles en mi contra, al punto que fui remitida por medicina general a sicología por estrés laboral según obra en mi historia clínica. Entonces me vi obligada a presentar un nuevo escrito el 8 de febrero de 2018 ante Comité de Convivencia para informar la persistencia del acoso y maltrato que estaba recibiendo por mi jefe inmediato Jhon Miranda, quien incluso me obligó a asistir a la empresa incapacitada a fin de hacerle los informes que él debía presentar, los registros de mi ingreso al sistema lo pueden demostrar. Segundo escrito que valga la pena decir no tuvo debido proceso y jamás se informó las resultas de mi queja.

"En virtud de lo anterior, y ante la angustia y el estrés que estaba padeciendo, solicité cita con el Doctor Jhon Jairo Aristizabal a quien le conté el 19 de febrero de 2018 la situación de acoso por la que atravesaba ya que nadie me había dado solución, y fue así como él logró mi reubicación al área de REINTEGRA 15; área en la que mejoró el trato hacia mí pero como consta en mis comprobantes de nómina; tuve una merma sustancial en mi ingreso debido a que el portafolio estaba sin gestionar por ser una operación nueva en Covinoc, lo que causó que no recibiera comisión en los meses de febrero, marzo y abril de 2018.

"No obstante, y debido a mis obligaciones como madre de cabeza de familia, soporté el poco ingreso sabiendo que con mi esfuerzo y compromiso podría



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

mejorar a futuro los resultados de recuperación de cartera con mi gestión y en consecuencia mi ingreso como efectivamente ocurrió, para citar un ejemplo; los meses de mayo, junio, septiembre y octubre de 2018 me sobre ejecuté en el cumplimiento de la meta, lo cual se puede verificar en mis comprobantes.

"Recuperada mi tranquilidad, ya que estaba siendo tratada con respeto y mis resultados eran conforme me lo exigían las metas de cumplimiento, sin razón, el día 31 de octubre 2018 a las 5 pm recibí una llamada por parte de la doctora Martha Mesa, quien me convocó a una reunión urgente para ordenarme que tenía que trasladarme a otra área porque se requería reemplazar por 30 días a Alexander Valencia supervisor de Covicheque, debido a que se iba de vacaciones, a lo que manifesté mi angustia ya que había trabajado muy duro para tener buenos resultados en el portafolio que me habían asignado en febrero de 2018. Pero a pesar de indicar claramente que ese cambio nuevamente afectaría mi calidad de vida no fui escuchada. Y no me equivoqué, ya que de devengar aproximadamente \$4.200.000 en Reintegra 15 pasé a devengar \$3.100.000 en el área de Covicheque, no solo por el mes anunciado, es decir, noviembre de 2018 sino por 2 meses más.

"Angustiada por mi situación incierta, el día 12 de enero de 2019 me vi obligada a enviar un correo electrónico al señor Sergio Perea jefe de Covicheque, exponiendo mi situación de desmejora, manifestando que ya había pasado más del tiempo indicado para el reemplazo y que mi situación no tenía expectativas de mejorar, correo del cual nunca tuve respuesta salvo por parte de la señora Claudia Villamil Gerente Comercial de Covinoc, quien de manera verbal me manifestó que no había forma de garantizarme el ingreso que tenía en Reintegra 15, y que debido a ello iba a ser contactada por parte de la doctora María Lucía Navarro - Gerente Gestión Humana.

"Efectivamente el día 21 de enero de 2019, fui citada a la oficina de la doctora María Lucía Navarro, quien me manifestó claramente que no había para donde trasladarme y que tenía que quedarme en Covicheque por que "era eso o nada" incrementando aún más mi incertidumbre y angustia, ya que nuevamente comenzaba a soportar las actuaciones por parte de los directivos de la empresa de los que de su voluntad depende mi calidad de vida. No obstante, esa amenaza, manifesté que las razones por las que me encontraba en desacuerdo que no eran otras que la desmejora en mis condiciones de trabajo, por tanto, insistí en que se me cumpliera lo prometido que era volver a Reintegra 15 a lo que se me contestó que no era posible debido a que el cargo era para la señora Susana López, quien curiosamente resulta ser la compañera sentimental del señor Jhon Miranda, jefe del cual recibí acoso en el año 2017.

"Como resultado de lo anterior, el 31 de enero de 2019 me llamó nuevamente a su oficina la doctora María Lucia Navarro Gerente de Gestión humana y me manifestó que debido "a que no me quise quedar en Covicheque y no había donde ponerme" me iban a pasar para al grupo de la señora Maritza Sastoque, sin tener en cuenta que yo era desconocedora total del manejo de la operación abiertamente distinta a todas las que he manejado durante los 24 años de trabajo en Covinoc, con lo cual me estaban condenando nuevamente a devengar por debajo del ingreso que tenía en Reintegra 15.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

"Ante la amenaza de no existir otro lugar para "ponerme" me vi obligada a aceptar esa nueva reubicación, pero se aumentó mi angustia cuando al momento de la presentación ante la que sería mi nueva jefe inmediata, señora Maritza Sastoque, dijo: "Eliana, te digo, yo no necesito una supervisora pero te voy a abrir un huequito" expresión que me destruyó moralmente, ya que me puse a pensar ¿cómo iba a ser mi sustento si no había espacio para mí?"

"Por todo lo anterior es que me veo obligada a renunciar. He tratado de tener como en otras ocasiones la mejor disposición, pero realmente ya no soporto más humillaciones y persecución y opto por mi salud mental. Es imposible realizar mi trabajo de recuperación de cartera, ya que desde la fecha que fui reubicada en el área de la señora Maritza Sastoque al momento de la presente renuncia; no cuento con un portafolio concreto para gestionar, no se me ha brindado capacitación en la operación, a lo sumo, estoy fungiendo como asistente de la señora Sandra Vargas Supervisora de Cobranzas quien me pone a hacerle tareas de tipo operativo y nada más.

"Agradezco tener en cuenta al momento de liquidar lo que corresponda de mi contrato de trabajo, que encontrándome en el disfrute de unas cortas vacaciones que solicité de periodo vencido para atender una calamidad doméstica por accidente de mi hijo entre los días 2 al 13 de enero de 2019, fui requerida telefónicamente para reintegrarme el 8 de enero de 2019 por el señor Sergio Perea jefe inmediato para esa fecha, así las cosas, se me impidió el descanso de 4 días.

"Por último, solicito cruzar los aportes a mi favor existentes en el Fondo de Empleados de Covinoc con la deuda hipotecaria actual y expedir certificado por el saldo, para proceder inmediatamente con el pago de lo adeudado al Fondo de Empleados y en consecuencia, procedan a tramitar el levantamiento de gravamen hipotecario a su favor.

"En relación a la entrega del cargo, realmente no encuentro nada de lo que deba hacer entregar teniendo en cuenta que no tengo portafolio asignado a mi cargo, sin embargo, entregaré lo que a bien tengan solicitarme".

Ahora bien, de la misiva de renuncia, se evidencia que se enuncia como causales de terminación del contrato de trabajo los malos tratos y los cambios y trasladados que ordenó el empleador de manera unilateral y que ocasionaron un detrimento en su calidad de vida.

Así las cosas, la primera conducta del empleador que cita, es la atinente a un presunto acoso laboral ejercido por quien fuera su superior jerárquico JHON MIRANDA, el que hace consistir en que desde octubre de 2017 informó al Comité de Convivencia Laboral los maltratos e irrespetos, siendo incluso tratada médica por las especialidad de sicología por estrés laboral, reiterando la queja el 8 de febrero de 2018 ante el Comité de Convivencia, refiriendo que incluso la obligó a asistir a la empresa incapacitada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Frente a dicha situación se evidencia que, en la misma carta de renuncia, la accionante señala que tras diálogos con el señor JHON JAIRO ARISTIZABAL el 19 de febrero de 2018, fue reubicada en otra área de la empresa denominada REINTEGRA 15, aseverando expresamente la demandante “*área en la que mejoró el trato*”.

De tal manera, que le asiste razón al apelante al señalar que la presunta conducta de malos tratos por parte del señor JHON MIRANDA dejaron de presentarse desde febrero de 2018, esto es, un año antes de la presentación de la misiva de renuncia fechada el 18 de febrero de 2019, motivo por el cual tal causal no cumple el presupuesto de la inmediatez, en tanto transcurrió un tiempo excesivo entre la superación de los malos tratos y la renuncia.

Si bien la *a quo* estimó acreditada la causal señalando que solo se presentaron tenues e incipientes resultados en la gestión del mejoramiento del ambiente organizacional de la empresa frente a las quejas impuestas, no puede soslayarse que la misma trabajadora refiere que el trato mejoró desde febrero de 2018 cuando fue trasladada de área. Incluso la accionante al absolver el interrogatorio de parte señaló:

“Resulta que hay ya me pasan a REINTEGRA 15, que es otro departamento de Bancolombia, y con otro jefe que es Juan Carlos Arias, fue mi jefe en el 2008, en Covicheque, con excelente relación, me dijo tranquila aquí va a estar bien, en condiciones normales y con él me fue súper bien. Fue volver a la dinámica anterior, excelente gestión, excelentes resultados”.

Así las cosas, no era dable acceder a la indemnización por despido indirecto por una situación de supuestos malos tratos que la misma accionante relata fue superada un año antes de la renuncia, e incluso señaló que la relación laboral tras el cambio de área se dio en condiciones de normalidad en dicho aspecto.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en la misiva de renuncia se señala que también la justa causa, se encasilla en las modificaciones unilaterales del empleador con respecto a su puesto de trabajo, lo cual implicó una disminución de su salario, específicamente por el componente de comisiones. En ese sentido, relató que cuando laboró en el área de REINTEGRA 15 tuvo una merma sustancial



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en su ingreso, no recibiendo comisiones en los meses de febrero, marzo y abril de 2018.

Primer aspecto que igualmente no cumple el presupuesto de la inmediatez, en tanto la renuncia se presentó en febrero de 2019, e igualmente se trató de una situación superada, en tanto en la carta de renuncia la accionante señala que en los meses de mayo, junio, septiembre y octubre de 2018 presentó una sobre ejecución de la meta, e incluso aseveró que para esa data en encontraba *"Recuperada mi tranquilidad, ya que estaba siendo tratada con respeto y mis resultados eran conforme me lo exigían las metas de cumplimiento"*.

De igual manera, frente a la causal endilgada, en el interrogatorio de parte la demandante señaló:

"Con Juan Carlos desde el 19 de febrero del 2018 hasta el 31 de octubre de ese mismo año, cuando uno inicia de cero, pues ahí detrimento económico, porque ese tipo de trabajo se cosecha, duran entre 3 y 4 meses cosechando, hasta que se empezara a verse la comisión, lo que marzo, abril, mayo yo no comisioné o sea sí me hicieron un bien cambiándome, pero en comisiones se ven los desprendibles de nómina, cero comisiones, pero a mí no me importaba. Y efectivamente que marzo, abril, mayo no comisioné cero pesos, se me bajó mi sueldo al básico, que era \$1.600.000. Después de traer comisiones de \$2.200.000 más el \$1.600.000, o sea más o menos \$3.800.000, pero no me importaba, era tan satisfacción de haberme cambiado de allá de este infierno que no me importó, yo dije no me importa, yo soy buena, el grupo era bueno y estoy clic y efectivo, en junio me empieza a ir excelente, comisiones de \$4.000.000 más el básico, yo feliz, Juan Carlos Arias, él feliz conmigo, empiezo a comisionar julio, agosto, septiembre y octubre no se me ocurrió comentarle un valor agregado, yo dije tengo que traer más plata, yo hice una tarea que ningún asesor, ningún supervisor hace y fui a buscar a los deudores a las zonas apartadas donde había o sea donde pesaba más el valor de la cartera.

Hicimos un estudio estadístico con Juan Carlos Arias y yo me fui para Montería, Acacias, a la costa, traje muy buenos acuerdos de pago, y me sobrejecute en octubre, tanto que mis comisiones de octubre fueron como \$3.400.000, más \$1.600.000 fueron como \$5.000.000".

De lo anterior, se extrae que el primer cambio de puesto de trabajo es aceptado por la demandante como una mejoría en su ambiente laboral, e incluso refirió que se había superado cualquier disminución salarial, ello en tanto para el mes de octubre estaba devengando un salario superior al que percibía antes de la reubicación, aspectos que conlleven a la Sala a desestimar que se haya incumplido alguna obligación patronal, al menos, para el mes de octubre de 2018, y que lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

atinente tanto a los malos tratos de los cuales interpuso queja en el año 2017 así como el no devengar comisiones a inicio del año 2018, se constituyeron en situaciones que se superaron sin que la demandante haya dado por terminado el contrato de trabajo.

Finalmente, se tiene que en la carta de despido se relata que el 31 de octubre de 2018 se dispuso que reemplazara durante 30 días al señor ALEXANDER VALENCIA, supervisor de Covicheque, lo cual ocasionó que se redijera su salario a la suma de \$3.100.000, en noviembre de 2018 y durante dos meses adicionales, ante lo cual solo hasta el 31 de enero de 2019 la Gerente de Gestión Humana le informó que sería ubicada en el grupo de la señora MARITZA SASTOQUE, sin tener en cuenta que era desconocedora de la operación asignada y que devengaría un salario inferior, pese a lo cual se vio obligada a aceptar dicha situación, máxime que la señora MARITZA SASTOQUE refirió no necesitar una supervisora, lo que la “*destruyó moralmente*”. Refirió además que para la fecha del despido no contaba con portafolio y no se le había brindado capacitación.

Así las cosas, frente a dicha causal advierte al Sala en primera medida que se acredita el presupuesto de la inmediatez, en tanto transcurre un tiempo prudencial desde la causal endilgada, acaecida con el cambio de cargo desde el 1º de noviembre de 2018, hasta la misiva de renuncia del 18 de febrero de 2019, más aún cuando en enero de 2019 había puesto de presente su inconformidad al empleador, y narra que incluso para la fecha del despido no contaba con portafolio ni capacitación.

De otra parte, la demandante tiene la carga de la prueba de acreditar la ocurrencia de la causal, al cual la *a quo* la encontró acreditada como un abuso del *ius variandi*, en tanto se verificó una conducta del empleador de desmejorar el salario.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1050-2019, Radicación No. 60159 del 27 de marzo de 2019, señaló:

“La facultad del ius variandi, en este asunto, emergió de la potestad jurídica de subordinación [...] la cual no tiene carácter absoluto ni ilimitado; para que el empleador pueda hacer uso de esta figura, está supeditado a la existencia de circunstancias o razones válidas que ameriten la modificación de las condiciones laborales convenidas en el contrato de trabajo, potestad que bajo ninguna perspectiva puede acarrear o significar, por sí misma, la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

violación de derechos y garantías en perjuicio del trabajador, aspectos, como que como ya se dijo, no fueron acreditados por la censura. En punto al tema, esta Corporación entre otras providencias, en la sentencia CSJ SL, 30 jun. 2005, rad. 25103, ratificada en la CSJ SL 26 jun. 2012, rad. 44155, en donde explicó:

"Con todo y al margen de lo anterior, es pertinente recordar que mientras exista nítidamente expuesta la causa del traslado, y el cambio de sitio de trabajo no sea de tal identidad que afecte o desmejore al empleado en las condiciones de trabajo, en su situación personal, social o familiar que han de determinarse para cada caso en particular, es dable entender que esa variación respecto a lo que inicialmente se había sometido al trabajador, obedeció al poder legítimo o facultad que tiene el empleador para ejercer el ius variandi, sin que ello implique de ninguna manera una modificación del contrato de trabajo ni violación del mismo y menos violación de derecho alguno, donde es el trabajador el que está sujeto a las conveniencias y necesidades razonables del patrono, y no el empleador a las comodidades o ventajas de su servidor u operario.

De igual manera, en sentencia con Radicación No. 24240, del 29 de junio de 2005, consideró:

"Observa la Sala, que fueron varias las conclusiones que llevaron al Tribunal a la revocatoria de las condenas impuestas; unas de carácter jurídico y otras puramente fácticas. En su razonamiento sostuvo: 1) la ley faculta a las partes de una relación contractual, para que de mutuo acuerdo, "puedan convenir válidamente la rebajo o reducción, sin afectar el salario mínimo legal, del salario que en un momento dado esté vengando el trabajador" (folio 18, cuaderno 3); 2) así mismo dijo: "cualquier modificación del salario consentida por el trabajador (...) se ha venido teniendo por la jurisprudencia como aceptada por él siempre que no haya reclamado oportunamente (...)" (ibídem); 3) refiriéndose al aspecto fáctico, que la demandada al dar respuesta aceptó el hecho relativo a la reducción del salario, aduciendo que ello fue convenido con el trabajador, con fundamento en la difícil situación económica de la empresa, acuerdo que estuvo demostrado con el testimonio de folio 53.

"[...]

"Es decir que nada diferente aportan dichas pruebas, porque de su examen resultaría lo mismo que dijo el Tribunal; pues es incuestionable, que lo que lo llevó a sostener que para la reducción salarial hubo acuerdo entre las partes, fue, como el bien lo indicó en la sentencia, las pruebas testimonial e indiciaria, que demostraban el consentimiento del afectado con la rebaja salarial; deducida del hecho indicador de que con posterioridad a ello, el demandante continuó laborando por espacio superior a doce meses.

"Es por lo mismo, que no resulta apropiada la argumentación de la demanda extraordinaria, porque para el Tribunal resultó claro, que hubo una reducción salarial, porque el trabajador pasó a ganar con posterioridad a agosto de 1997, una suma inferior a la devengada hasta esa fecha; pero como se dijo anteriormente, también encontró demostrado con la prueba



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

testimonial e indiciaria del consentimiento del trabajador, que dicha rebaja, como lo había sostenido la enjuiciada al responder la demanda, obedeció al mutuo consentimiento del demandante.

Punto de descenso del apelante en ese específico aspecto, al señalar que las modificaciones en los puestos de trabajo eran acordados con la trabajadora, sin que se haya acreditado algún vicio del consentimiento, como error, fuerza o dolo, y de otra parte, que no se presentó desmejora salarial en tanto de los desprendibles de nómina se evidencia que en ningún momento se le dejó de solucionar a la demandante el valor del salario básico, máxime que las comisiones dependen de la labor de la trabajadora.

Sobre el particular, debe acotarse como primera medida que el salario de la demandante se había pactado tanto en un ingreso básico como en las comisiones, las cuales venían siendo devengadas hasta el mes de octubre de 2018, por lo cual, de darse una modificación unilateral e injustificada del empleador, en el sentido de prestar el servicio en un empleo que carezca del factor salarial ateniente a las comisiones, se constituiría en una desmejora salarial, y en un abuso del *ius variandi*, tal como lo concluyó la *a-quo*.

En esa medida debe acreditarse por activa en primera medida la imposición unilateral del nuevo puesto de trabajo, situación alegada por la demandante.

Sobre tal aspecto se tiene que en la carta de renuncia la demandante relata de manera expresa que “el 31 de enero de 2019 me llamó nuevamente a su oficina la doctora María Lucia Navarro Gerente de Gestión humana y me manifestó que debido *“a que no me quise quedar en Covicheque y no había donde ponerme”* me iban a pasar para al grupo de la señora Maritza Sastoque, sin tener en cuenta que yo era desconocedora total del manejo de la operación abiertamente distinta a todas las que he manejado durante los 24 años de trabajo en Covinoc, con lo cual me estaban condenando nuevamente a devengar por debajo del ingreso que tenía en Reintegra 15”. *“Ante la amenaza de no existir otro lugar para “ponerme” me vi obligada a aceptar esa nueva reubicación,* pero se aumentó mi angustia cuando al momento de la presentación ante la que sería mi nueva jefe inmediata, señora Maritza Sastoque, dijo: “Eliana, te digo, yo no necesito una supervisora pero te voy a abrir un huequito” expresión que me destruyó moralmente, ya que me puse a pensar ¿cómo iba a ser mi sustento si no había espacio para mí? .



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, la misma accionante relata en la carta de renuncia que aceptó la reubicación en el nuevo puesto de trabajo, y si bien aduce que tal manifestación de la voluntad operó en virtud de una “amenaza”, circunstancia que no se encuentra acreditada en el plenario, más aún cuando no se avizora que la manifestación de no existir otro puesto de trabajo, tenga la connotación de un vicio del consentimiento, que conlleve a doblegar la voluntad de la trabajadora de aceptar la movilidad en cuanto al puesto de trabajo y la remuneración.

En ese orden de ideas, no es dable estimar que el cambio de puesto haya obedecido a una imposición arbitraria de la empleadora, cuando la misma trabajadora en la misiva de renuncia señala que aceptó las nuevas condiciones, sin que, por otra parte, acreditarla que haya sido amenazada ni mucho menos que se haya doblegado su autonomía de la voluntad.

De otra parte, tal como se especificó con anterioridad, la accionante narró que durante los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2018, devengó sumas acordes a su labor, al devengar comisiones, relatando incluso que para el mes de octubre de 2018 presentó una ejecución sobresaliente, y que para el mes de noviembre de 2018, y siguientes hasta la terminación del contrato, su salario se vio disminuido.

En ese orden de ideas, se tiene que al plenario se aportaron los desprendible de nómina, los cuales dan cuenta de los siguientes pagos:

AÑO	MES	DIAS	BASICO	COMISIÓN	TOTAL
2018	JUNIO	30	\$1.600.000	\$1.740.000	\$3.340.000
	JULIO	30	\$1.600.000	\$3.532.200	\$5.132.200
	AGOSTO	24	\$1.280.000	0	\$1.280.000
	SEPTIEMBRE	30	\$1.600.000	0	\$1.600.000
	OCTUBRE	28	\$1.600.000	\$3.572.200	\$5.172.200
	NOVIEMBRE	30	\$1.600.000	\$3.414.100	\$5.014.100
	DICIEMBRE	30	\$1.600.000	\$1.001.900	\$2.601.900
2019	ENERO	18	\$1.600.000	\$1.500.000	\$3.100.000
	FEBREO	18	\$960.000	\$1.500.000	\$2.460.000

Lo anterior, da cuenta que no se acreditó que, en efecto durante la ejecución del contrato de trabajo en los meses de mayo a octubre de 2018, la accionante siempre devengara comisiones superiores a las asignadas a partir del mes de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

noviembre de 2018. Ello en tanto en la carta de renuncia la trabajadora expone que no percibió comisiones en los meses de febrero, marzo y abril de 2018, “*No obstante, y debido a mis obligaciones como madre de cabeza de familia, soporté el poco ingreso sabiendo que con mi esfuerzo y compromiso podría mejorar a futuro los resultados de recuperación de cartera con mi gestión y en consecuencia mi ingreso como efectivamente ocurrió, para citar un ejemplo; los meses de mayo, junio, septiembre y octubre de 2018 me sobre ejecuté en el cumplimiento de la meta, lo cual se puede verificar en mis comprobantes*”.

Tal aseveración se derruye con los comprobantes de nómina, que dan cuenta que la accionante no devengó comisiones los meses de agosto y septiembre de 2018. Aunado a ello, el testigo JUAN CARLOS ARIAS, quien fuera su superior en dicho interregno, relató:

“Digamos que el periodo que tuvo conmigo fue alrededor de 4-5 meses, fue muy intermitente el cumplimiento de la meta, se le dificultaba cumplir con el mínimo que exigía el portafolio

“[...]

“El portafolio que nosotros teníamos, tenía una meta exigente, una meta que de hecho es la meta que nos exige el dueño del portafolio y no se lograba cumplir y digamos que, por eso, no teníamos una remuneración variable pero la idea era seguir trabajando a tal punto de que pudiéramos esa meta. Entonces usted me pregunta si llegamos a esa meta podría decirle que unos meses sí y otros meses no.

Ahora, se aprecia que en los meses de diciembre y enero percibió comisiones inferiores. No obstante, frente al monto de las comisiones de dichas mensualidades, las mismas no correspondían a la labor efectivamente realizada en cuanto al cumplimiento de metas, sino a una suma que se solucionó para garantizar que devengara tal concepto. La representante legal de la accionada refirió en el interrogatorio de parte:

“Se dio una situación, una temporal en el área de Covicheque, en donde Eliana desde que empezó a trabajar en la compañía ella manejó durante mucho tiempo esa cartera, la cartera de Covicheque, pues obviamente fue esa la cartera que se manejó en esa entidad, por allá en el 2011-2012, ella empieza a manejar otro tipo de cartera, entonces ella tenía como toda esa experiencia y el conocimiento del manejo de la cartera de Covicheque, y en ese momento se dio la oportunidad de manejar ese cargo de Covicheque, porque el señor Alexander Valencia pues no estaría, entonces se conversa con ella, se le presenta pues la situación, la posibilidad, se le ofrece pues



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

obviamente un tema de garantizado, pues obviamente para majebar cartera y obviamente ella llega aquí para empezarlo a manejar, este era un tema temporal y posteriormente pues Eliana manifestó que quería volver a la cartera e Bancolombia, la cartera que se maneja por Maritza Sastoque no es cartera de grandes clientes, se llama cartera especial, es cartera original de Bancolombia, que es la misma cartera pues obviamente que siempre se ha manejado por esta cartera y en aras de volver a reintegrar al tema de la cartera de Bancolombia, se genera esa oportunidad con la cartera especial para que ella pueda manejar.

[...]

"Digamos que, en el caso de la señorita Eliana, nosotros como ella iba a empezar a manejar la cartera de Covicheque, por un tiempo especial, para efectos de darle una cantidad financiera, entonces independientemente del resultado de la comisión, recordemos que el salario para todos los supervisores esta por una parte variable y una parte fija, la parte fija siempre se mantiene, eso no tiene ninguna modificación pero pues obviamente el variable va a depender del resultado y la productividad, porque esto se maneja mucho temas de productividad, entonces cuando se habla de un garantizado es que se le permite a la persona que independiente de los resultados va a recibir siempre una suma como si cumpliera la meta, como si comisionara".

Así las cosas, advierte la Sala que, a diferencia de propender por disminuir el salario, lo que se acordó fue el pago de una suma fija que garantizara el concepto de comisiones, así no se cumpliera con las metas para su causación, lo cual había ocurrido aún con anterioridad a las nuevas condiciones, esto es, en los meses de agosto y septiembre, cuando no devengó suma alguna de dinero por comisiones.

En ese sentido, de la misiva de renuncia lo que se evidencia es que la demandante aceptó las nuevas condiciones, y no acreditó la existencia de una fuerza con la virtualidad de doblegar su voluntad. Recuérdese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1955-2022, Radicación No. 83618 del 23 de mayo de 2022, señaló:

"De la fuerza como vicio del consentimiento.

"En lo que tiene que ver con el alegado vicio del consentimiento, por ejercicio de la fuerza, las referidas pruebas tampoco son demostrativas de esta, ni de la existencia de un error de hecho en la sentencia recurrida, pues, conforme se ha expuesto en las sentencias CSJSL, 8 may. 2013, rad. 38582 y CSJSL2888-2019, el constreñimiento capaz de afectar la facultad volitiva no es cualquiera, sino que es aquel «de tal envergadura que afecte la declaración de voluntad», es decir, el que «mora en la posibilidad de socavar la libertad de decisión, o lo que es lo mismo, la libertad de consentimiento».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

"En efecto, en la primera providencia, la Corte indicó:

"[...] El vigor de la fuerza o violencia, como vicio del consentimiento, de tal envergadura que afecte la declaración de voluntad, mora en la posibilidad de socavar la libertad de la decisión o, lo que es lo mismo, de la libertad del consentimiento.

"La impresión y el temor que la fuerza o violencia genera en una persona, teniendo en cuenta circunstancias como la edad, el sexo, la salud, la instrucción, la profesión, la práctica en los negocios y, en fin, todas estas eventualidades deben ser de tal magnitud que la manifestación de la voluntad no es libre y natural, sino producto de la coacción o del constreñimiento. En otros términos, el consentimiento es extraído por la violencia, pues "A la autonomía de la voluntad como base de la contratación repugna el consentimiento determinado por la violencia. Es porque así el contrato se quiere, no por obra de la voluntad espontánea y libre, sino para evitar el mal que se teme, y a impulsos del miedo. Nada más en desacuerdo con la libertad contractual, con el orden y sosiego de las gentes, y con los cimientos mismos del régimen jurídico", conforme a lo dicho por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 17 de octubre de 1962.

"Y en la segunda, dijo:

"[...] debe señalarse que la impresión y el temor que la fuerza o violencia genera en una persona, debe ser de tal magnitud, que la manifestación de la voluntad no se puede tener como libre, espontánea y natural, sino que es producto de la presión, coacción o del constreñimiento, lo cual debe quedar plenamente demostrado, y cuya carga probatoria le corresponde [...] [a] quien la alega [...].

Así las cosas, la demandante señala que aceptó las condiciones por una “amenaza”, la cual consistió en que se le informó que no existía otro cargo para ser ubicada, aspecto que estima la Sala no tiene la connotación suficiente para anular la voluntad de la demandante.

De otra parte, no se advierte una conducta del empleador dirigida exclusivamente a reducir el salario; ello en tanto se acreditó que en algunos meses no devengaba comisiones y por otra parte, el establecer un monto fijo de comisiones no atado al cumplimiento de metas, lo cual además fue aceptado por la trabajadora, no se avizora como un abuso del *ius variandi*.

Finalmente, en la misiva de renuncia señala que *“no cuento con un portafolio concreto para gestionar, no se me ha brindado capacitación en la operación, a lo sumo, estoy fungiendo como asistente de la señora Sandra Vargas Supervisora de Cobranzas quien me pone a hacerle tareas de tipo operativo y nada más”*,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aseveración que carece de medios probatorios que lo corroboren, ello en tanto si bien la demandante narró tal situación en el interrogatorio de parte, se recuerda que dicho medio de prueba lo que busca es la confesión de la parte, al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL2284-2022, Radicación No. 77104 de 5 de julio de 2022, señaló:

“Por contera, el impugnante trae a colación su propio interrogatorio, que es solo un medio para obtener la prueba de la confesión. En cuanto a este punto, el actor no puede obtener un beneficio de su propia declaración, pues «bien es sabido que, en términos de lógica y de derecho, ninguna de las partes puede elaborar su propia prueba, salvo las precisas y taxativas excepciones previstas por el legislador» (CSJ SL51949-2017), por ello, es intrascendente realizar un análisis de lo expresado por él.”

Así las cosas, se revocará la decisión de primer grado en este aspecto, para en su lugar absolver a la demandad del pago de la indemnización por despido indirecto.

f. Perjuicios Morales y Materiales:

Sobre dicha pretensión basta con señalar que no se acreditó en el plenario la existencia de perjuicios morales o materiales, en tanto no se acreditó que en efecto el contrato de trabajo haya terminado por hechos imputables al empleador, por lo cual se confirmará la absolución en este aspecto.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la adición de la sentencia proferida el 27 de mayo de 2002, para en su lugar CONDENAR a la sociedad COVINOC S.A. al pago de \$587.396 por concepto de reliquidación del auxilio de cesantías, debidamente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

indexada, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales tercero y cuarto de la parte resolutiva, para en su lugar **ABSOLVER** a la accionada del pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del C.S.T., por despido sin justa causa.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya *Carlo Alberto Cortes Corredor*
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR

Magistrado

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Ordinario Laboral

1100131050 34 2019 00611 01

Demandante:

CLAUDIA ELIZABETH MEDINA HERNÁNDEZ

Demandado:

CORPORACIÓN CONNECT BOGOTÁ REGIÓN

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 6 de junio de 2022 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CLAUDIA ELIZABETH MEDINA HERNÁNDEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de la CORPORACIÓN CONNECT BOGOTÁ REGIÓN, a fin que se declare que con ésta última existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 3 de septiembre de 2018 y el 13 de marzo de 2020, el cual finalizó sin justa causa atribuible al empleador.

En virtud de ello, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, sanción por despido sin justa causa, sanción por la no consignación de las cesantías,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, indemnización moratoria, indexación, cumplimiento de la condena en los términos de que trata el artículo 192 del C.P.A.C.A., más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, indicó que el 11 de julio de 2018, la demandada convocó a un cargo denominado Coordinador Operativo en el que el jefe inmediato sería la señora DIANA GAVIRIA, de allí que suscribiera con la encartada el 3 de septiembre de la misma anualidad un contrato de prestación de servicios profesionales que tuvo vigencia hasta el 29 de enero de 2019, actividad que consistió en ser Gestor Operativa de la Estrategia de Especialización Inteligente, percibiendo un pago mensual de \$2.400.000.

Que para cumplir el objeto social del contrato de prestación de servicios la demandada le impuso un horario de 7:30 a.m. a 5:30 p.m., adicional a que, el 28 de enero de 2019 se suscribió otrosí al contrato pactando la fecha de la finalización contractual el 12 de marzo de 2019, suscribiendo el 27 de julio de 2019 otrosí para adicionarle una cláusula de confidencialidad.

Seguidamente, expuso que el 13 de marzo de 2019 suscribió con la demandada un segundo contrato de prestación de servicios que tuvo vigencia hasta el 13 de marzo de 2020, desempeñando una labor de Gestor Operativo y una retribución de \$2.400.000, con la misma jornada en sus actividades.

Que el 29 de julio de 2019 se le comunicó la terminación del contrato de prestación de servicios a partir del 13 de agosto de la misma anualidad, aunado a que, durante todo el tiempo desarrolló sus funciones de manera diaria, personal y permanente en las instalaciones de la demandada, cumpliendo horario con las herramientas e implementos de la pasiva, al igual que en algún



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

momento tuvo que reemplazar a la persona que fungía laboralmente como Secretaria.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada CORPORACIÓN CONNECT BOGOTÁ REGIÓN contestó la demanda oponiéndose a la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo con la demandante, exponiendo que lo que se configuró fue una relación contractual de tipo comercial cuyo objeto fue la prestación de servicios, lo cual se corrobora con los contratos de prestación de servicios y las facturas radicadas por la actora por el cobro de honorarios profesionales, siendo enfática en manifestar que se suscribieron dos contratos en los que se canceló la totalidad de los rubros económicos.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del vínculo laboral con la demandante y calidad de contratista independiente, causales objetivas dentro del contrato de prestación de servicios para su finalización, inexistencia de subordinación, inexistencia de CONNECT relacionadas con la filiación y aportes de seguridad social, inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, improcedencia del pago de la indemnización moratoria, prescripción, improcedencia de la indexación de las obligaciones reclamadas, buena fe y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 6 de junio de 2022 declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 3 de septiembre de 2018 y el 13 de agosto de 2019, el cual finalizó sin justa causa comprobada por parte del empleador.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por tal razón, condenó a la CORPORACIÓN CONNECT BOGOTÁ REGIÓN al reconocimiento y pago a favor de la demandante de cesantías por valor de \$2.667.000, intereses a las cesantías \$272.000, prima de servicios \$2.667.000, vacaciones \$1.334.000, sanción dispuesta en la ley 52 de 1975 \$272.000 y sanción por despido sin justa causa \$14.400.000.

Asimismo, condenó a la demandada al reintegro de las sumas debidamente indexadas que la actora debió haber cancelado como empleador al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensión entre el mes de octubre de 2018 y el mes de agosto de 2019, junto con el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. a razón de un día de salario liquidado en \$80.000 por cada día de retardo, causado a partir del día siguiente a la terminación del contrato y hasta por 24 meses, liquidados en la suma de \$57.600.000 y, a partir del mes 25, el pago de intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación que certifique la Superintendencia Financiera, a partir del 14 de agosto de 2021 y hasta que se verifique su pago.

Para arribar a dicha conclusión, la falladora de instancia indicó que teniendo en cuenta el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades según los preceptos del artículo 53 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 22 y 23 del C.S.T., así como los postulados emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le atañe a la parte actora demostrar la prestación personal del servicio para que en su favor se active la presunción de la existencia del contrato de trabajo y se le imponga la carga probatoria al empleador de demostrar que el vínculo contractual estuvo precedido de autonomía e independencia, tornándose de esta manera en un nexo contractual disímil al de carácter laboral.

Que en tal sentido, fue allegado por la demandante el contrato de prestación de servicios pactado entre las partes con fecha inicial del 3 de septiembre de 2018 y que estuvo vigente hasta el 28 de enero de 2019, en virtud del cual a la actora se le vinculó con la finalidad de desempeñarse como Gestora Operativa



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en la estrategia de Especialización Inteligente, con una remuneración mensual por honorarios equivalente a la suma de \$2.400.000, al igual que obra otrosí a ese contrato de prestación de servicios que modificó la fecha de terminación del contrato extendiendo su vigencia hasta el 12 de marzo de 2019. En igual sentido, la parte actora allegó el contrato de prestación de servicios que suscribieran las partes el 13 de marzo de 2019 hasta el 12 de marzo de 2020 con las mismas actividades de la demandante en el contrato inicial y la misma retribución económica, junto con el otrosí suscrito el 27 de julio de 2019 en el que se reglamentó la cláusula de confidencialidad ampliando la restricción en cuanto a la circulación de información aceptable por la compañía.

Seguidamente, refirió que atendiendo las pruebas tanto documentales como testimoniales, e interrogatorios de parte practicados, se pudo establecer que la aquí demandante cumplió con todas y cada de las funciones que le fueron asignadas en los contratos de prestación de servicios, máxime si las respuestas de quienes fueron sus jefes así lo corroboran, y se logró demostrar que la demandante causó honorarios profesionales durante todo el interregno de las contrataciones.

De otra parte, la *a-quo* adujo que además de las funciones designadas a la demandante en los contratos de prestación de servicios, desempeñó otros roles diariamente como lo fue las labores de gestión y salud en el trabajo para cuyos efectos incluso debió capacitarse ante la ARL, al igual que era Coordinadora en el suministro de los elementos de trabajo como la papelería, tenía que apoyar el archivo, entre otras funciones, aunado a que se le impuso como una obligación acatar de manera estricta la normatividad vigente en materia laboral, lo cual excluye la posibilidad de la autonomía o independencia en la ejecución del contrato de prestación de servicios pues la encartada sujetaba a la demandante a la verificación del régimen de obligaciones y deberes que estaban decantados de manera explícita en la regulación del C.S.T.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por tal razón, concluyó la configuración del elemento subordinante de la demandada para con la demandante señora CLAUDIA ELIZABETH MEDINA HERNÁNDEZ como se demostró de los distintos requerimientos y la manera como se desarrolló la relación inter personal entre la actora y sus jefes inmediatos, de ahí que se configurara una verdadera relación laboral.

Como consecuencia de lo anterior, determinó que los extremos laborales que ataron el contrato de trabajo fueron los comprendidos entre el 3 de septiembre de 2018 y el 13 de agosto de 2019, calenda última en que el salario mensual de la demandante ascendió a la suma de \$2.400.000, argumentando también que teniendo en cuenta la excepción de prescripción esta no gozaba de prescriptibilidad, toda vez que no transcurrieron más de tres años entre la fecha de la finalización del contrato y la presentación de la demanda.

Por ello, condenó a la encartada al pago de cesantías al no existir pago alguno. Asimismo, negó la sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo según lo preceptuado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el sentir de que esta sanción entre el año 2018 y 2019 corresponde a una fracción de tiempo en la que se ejecutó la relación laboral equivalente a un término inferior a un año, por lo que las cesantías debieron ser pagadas directamente a la trabajadora al momento de la terminación del contrato de trabajo con los intereses legales respectivos, imponiendo en su lugar condena frente a la indemnización reglada en el artículo 65 del C.S.T. con el argumento de que claramente quedó consignado en el plenario la falta de pago de esta prestación social.

Igualmente, añadió en cuanto a la procedencia de la indemnización del artículo 65 del C.S.T., que había lugar sobre la falta de salarios y prestaciones sociales, y que su condena correspondía al pago de un día de salario por cada día de retardo por los primeros 24 meses contado a partir del día siguiente de la finalización de la relación laboral y, a partir del mes 25 debe pagarse los intereses moratorios a la tasa máxima legal establecida por la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Superintendencia Financiera los cuales se causarán hasta que se verifique su pago, más aún que según lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro del presente asunto no se constituyó una buena fe para su exoneración a razón que se disfrazó la relación laboral a través de contratos de prestación de servicios.

Impuso condena sobre los intereses a las cesantías al no existir pago, imponiendo a su vez la sanción contemplada en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975 ante el no pago de los intereses a las cesantías, misma condena por concepto de vacaciones y prima de servicios ante la falta de pago.

En lo que respecta a la condena impuesta respecto de la indemnización por despido sin justa causa en los términos del artículo 64 del C.S.T., sostuvo que si bien la demandada dio por culminado el contrato de prestación de servicios el 26 de julio de 2019, de su contenido no se pueden extractar las razones o causales para haber dado finiquito al vínculo contractual de forma justa, de ahí que gozara de prosperidad esta indemnización, precisando que como el contrato de servicios abarcaba hasta el día 12 de marzo de 2020, fue por lo que impuso el valor de la condena por valor de \$14.400.000.

Finalmente, enunció que en el plenario no se acredita que la demandada hubiese afiliado a la demandante al sistema de seguridad social integral, de ahí que haya constituido un perjuicio económico para con la actora, el cual debía resarcirse por cuanto la señora CLAUDIA ELIZABETH MEDINA HERNÁNDEZ logró demostrar los pagos por cuenta propia en lo que atañe a salud y pensión.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada la apeló. Argumentó en su alzada que debe tenerse en cuenta que la misma demandante en el interrogatorio de parte confesó que había aceptado ser designada como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Brigadista, aspecto que conlleva también a que no se encuentre demostrado de que se le hubiese constreñido u obligado a desempeñar tal actividad.

Por otra parte, refirió que el fallo da por probado que la actora debía asistir diariamente a las instalaciones de la Corporación, lo que no es cierto por cuanto es evidente que no existe jurisprudencia que advierta que a las personas contratadas a través de contrato de prestación de servicios se les prohíba asistir a las instalaciones del contratante, aunado a que, se da por probado que se configuró la existencia de una relación laboral simplemente porque la actora era la encargada de la gestión documental y del sistema de gestión, sin tener en cuenta lo manifestado por los testigos quienes expusieron de manera congruente que era la señora ADRIANA GARZÓN de la compañía ALIADOS S.A.S. la encargada de manejar el sistema de gestión, así como que en lo atinente al archivo, gestión documental y demás implementos de papelería, habían varias personas encargadas de hacer la correspondiente entrega y portar las llaves.

Que únicamente se valoró la declaración del testigo DAVID VEGA respecto a los cuestionamientos formulados sobre las actividades alternas desarrolladas por la demandante, pero sin tener en cuenta lo manifestado por la Representante Legal ni por los demás testigos, incluso lo expuesto por la misma demandante quien confesó que tenía una actividad alterna con una tía que consistía en un negocio de desayunos y eventos, tanto así que llevaba desayunos en ocasiones para vender a la misma empresa como se evidencia de las diferentes pruebas de correos acreditadas al plenario. Expuso que no existe normativa alguna que precise que los prestadores de servicios no puedan tener un sin número de asignaciones o funciones.

En cuanto a la condena en los términos del artículo 65 del C.S.T. encontró reproche, argumentando que esta no opera de forma automática y en el presente asunto se demuestra la buena fe, ya que es una entidad sin ánimo de lucro que presta o desarrolla productos en Bogotá y la región sin ningún tipo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de interés lucrativo, por lo que todos los testigos fueron contestes en manifestar que todas las personas trabajan por proyectos, por lo que no existen elementos de juicio que logren determinar que a través de un actuar doloso o por perjudicar a la demandante se haya omitido la celebración de un contrato de trabajo, máxime si como quedó acreditado la demandante en todo momento actuó como una contratista con ocasión del vínculo contractual por servicios que suscribió.

Que si bien la demandante tenía que cumplir con unas obligaciones atinentes a su contrato de prestación de servicios, todos los testigos manifestaron que existe un sistema de funcionamiento en el cual no se exige horario, permanencia dentro de las instalaciones, las personas pueden sentarse y ubicarse en el lugar que quieran y desarrollar las actividades adicionales que deseen, pues solo tienen que cumplir con unos proyectos trazados que desarrolla la naturaleza jurídica como entidad, por lo que nunca existió algún poder subordinante sobre la demandante.

Por último, encaminando la buena fe indicó que en todo momento a la demandante le fue pagado lo acorde con su contrato de prestación de servicios, sin nunca desconocerse nada. Que en el curso del proceso no se desvirtuó que el contrato de prestación de servicios hubiese finalizado por razones inherentes o distintas a que se extinguió el dinero del proyecto y que ya no se necesitaba de alguien más que prestara este tipo de actividades, lo que conlleva a su vez que no exista responsabilidad para los pagos al sistema de seguridad social en salud y pensión ordenados en primer grado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causales que invaliden lo actuado, atendiendo los diferentes aspectos de inconformidad en el recurso de alzada presentados por el extremo accionado y por metodología en la resolución de esta instancia, la Sala auscultará como problema jurídico principal si entre las partes se configuró un contrato realidad en atención del principio de la realidad sobre las formalidades en los términos del artículo 53 constitucional.

De salir avante lo anterior, la Sala analizará como segundo problema la procedencia o no del reconocimiento y pago de las condenas impuestas a razón la sanción por despido sin justa causa dispuesta en el artículo 64 del C.S.T., la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 de la misma disposición normativa, así como el pago de los aportes pensionales al sistema de seguridad social en salud y pensión; ello por cuanto, las demás condenas determinadas por la falladora de instancia no fueron reprochadas por la demandada CORPORACIÓN CONNECT BOGOTÁ REGIÓN, en especial lo que gravita en torno al pago de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y la sanción por el no pago de intereses a las cesantías de que trata el artículo 1º de la Ley 52 de 1975.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar lo del caso, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre las partes se celebraron dos contratos de prestación de servicios de la siguiente manera:

_ El primero por el periodo comprendido entre el 3 de septiembre de 2018 y el 29 de enero de 2019, el cual se prorrogó hasta el 12 de marzo de 2019 a través de otrosí celebrado el 28 de enero de 2019, cuya actividad a desempeñar fue la de Gestor Operativo de la Estrategia de Especialización



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inteligente con una retribución mensual de \$2.400.000 (Fls. 35 a 39 y 47 – PDF 01).

_ El segundo por el periodo comprendido entre el 13 de marzo de 2019 y el 12 de marzo de 2020, el cual finalizó por parte de la demandada el 13 de agosto de 2019, cuya actividad a desarrollar fue la de Gestor Operativo una remuneración mensual de \$2.400.000 (Fls. 49 a 53 – PDF 01).

Ahora bien, es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, SL2240-2022, Radicación No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL2186-2022, Radicación No. 89890 del 29 de junio de 2022, SL2189-2022, Radicación No. 90418 del 29 de junio de 2022, entre otras.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante determinó como pilar fundamental de dicho elemento lo siguiente:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada”

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”

Bajo este escenario, claro resulta para la Sala que la demandante con la suscripción de los contratos acreditó la prestación personal del servicio, aspecto que por demás fue aceptado por la misma demandada; circunstancia por la cual, le compete a esta última desvirtuar el elemento subordinante para la configuración o no del contrato de trabajo.

En tal sentido, en el *sub examine* y dentro del transcurrir del trámite procesal se recepcionó el interrogatorio de parte de la demandante quien manifestó que es administradora de empresas. Que se vinculó laboralmente con la demandada y que en inicio se le había manifestado que era un contrato directo, no obstante cuando realizó la entrevista con DIANA GAVIRIA y sus jefes que eran MARCELA RUEDA y ALEJANDRA GONZÁLEZ, ellas ratificaron que necesitaban una persona de apoyo para el proyecto de Especialización Inteligente, y que tan pronto el proyecto culminara se le vincularía directamente con la organización.

Que para la vinculación se hizo una convocatoria por internet y fue cuando la llamaron, enterándose con posterioridad que las personas que las convocaron eran parte de una empresa externa a CONNECT ya que esta última maneja *outsourcing* al no tener área propia de Recursos Humanos, siendo ADRIANA GARZÓN quien realizó el contrato de prestación de servicios. Expuso que la convocatoria era para ser Gestora Operativa directamente en CONNECT.

Que la remuneración con ocasión de la suscripción del contrato de prestación de servicios era de \$2.400.000. Que en el proyecto de Especialización



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inteligente tenía que manejar todo el tema logístico con proveedores ya su función consistía en realizar eventos, soportes de contabilidad y el estudio del análisis financiero que se requería para el proyecto, por lo que se le asignó un puesto de trabajo. Destacó que adicionalmente se le solicitó que apoyara con unos temas directamente de CONNECT que no estaban dentro del contrato como lo era el tema de papelería y capacitaciones a funcionarios, por lo que le solicitaron que realizara el curso de seguridad y salud en el trabajo, de ahí que estuviese en el grupo de brigadistas, aspectos por los que en todo momento debía estar en las instalaciones de la encartada.

En lo que ataña al curso de seguridad y salud en el trabajo manifestó que al ingresar no tenía conocimiento al respecto, por lo que hizo el curso en SURA de 50 horas y adquirió los conocimientos reglamentarios, exponiendo que ella era la única persona que manejaba las llaves del archivo de la papelería y algunos documentos confidenciales, de allí que debiera permanecer en las instalaciones de CONNECT desde las 7:30 a.m. hasta las 5:30 a.m. de lunes a viernes, así como que se le suministró una tarjeta de ingreso que controlaba el horario.

Que en el proyecto de Especialización Inteligente su Coordinadora era ALEJANDRA GONZÁLEZ, mientras que lo que derivaba de situaciones directas con CONNECT su jefe inmediata era MARCELA RUEDA con la que en todo momento tuvo contacto, precisando que DIANA GAVIRIA también era su jefe, quien por temas comerciales generalmente no permanecía en la empresa.

Que en inicio estuvo asignada al programa Especialización Inteligente y conjuntamente con CONNECT en otras funciones, proyecto que duró un aproximado de 8 meses, y con posterioridad fueron funciones directamente con CONNECT manejando el tema de vinculación de los funcionarios, capacitación de los mismos, la llave de cafetería, manejaba los indicadores de gestión que se reportaban mensualmente a la dirección, correos electrónicos de las personas en conjunto con sistemas, asignación de los puestos de trabajo,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

mostrar las instalaciones, manejo con proveedores, organización de eventos, apoyaba en la recepción de llamadas cuando la secretaria no estaba y cuando salió de vacaciones le hizo acta de entrega tanto de la caja fuerte como las funciones y responsabilidades que tenía en su jornada laboral regular, entre otras funciones.

Que dentro del programa Organización Inteligente era quien enviaba las invitaciones a cada una de las personas, llamaba para que asistieran a los eventos, coordinaba con los proveedores de los restaurantes sobre los refrigerios que se daban, coordinaba la organización de las instalaciones, el material de papelería y todo lo relacionado con la logística, recalando que eran eventos empresariales ya que todo se trabajó con la CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ y por lo general todos los eventos se desarrollaban en las instalaciones de esta última, labores que cumplió hasta el 29 de enero de 2019.

Expuso que durante todo el tiempo realizó aportes al sistema de seguridad social integral como independiente. Que la vinculación finalizó cuando su jefe MARCELA RUEDA la citó a su oficina y le comunicó que por temas económicos no se podía continuar con su contrato, por lo que tuvo que entregar todo lo que tenía a su cargo.

Que CM DESAYUNOS Y DECORACIÓN es su empresa cuyo objeto son detalles sorpresa, actividad que en ningún momento desarrolló dentro de los horarios de trabajo, recogiendo algunos arreglos cuando se encontraba en horarios de almuerzo al servicio de CONNECT, puntualizando que algunas personas de CONNECT conocían que ella trabajaba con estos arreglos de su empresa, puesto que en algunas ocasiones se decoraban los puestos de trabajo de compañeros de la misma CONNECT. Nunca se le inició en CONNECT algún proceso disciplinario.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La Representante Legal de la CORPORACIÓN CONNECT BOGOTÁ REGIÓN señora DIANA CAROLINA GAVIRIA manifestó que a su vez es la Directora Ejecutiva de la demandada, y conoce a la demandante por cuanto tuvo un contrato de prestación de servicios con la pasiva, el cual consistía en desarrollar un proyecto con la CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ denominado Especialización Inteligente, por lo que en el marco de dicho proyecto se le contrató para ser la Gestora Operativa, desarrollando funciones encaminadas a la ayuda del desarrollo de talleres, hacer las llamadas para los talleres, organizar el funcionamiento, debía diligenciar unos formatos para el sistema de Proyecto y distintas labores operativas, sin que para ello tuviese que cumplir horario ya que la actora era contratista, máxime si tenía una empresa de eventos y de organización por lo que todo el día entraba y salía de las instalaciones de CONNECT.

Que la supervisora del contrato de prestación de servicios de la demandante era ALEJANDRA GONZÁLEZ, y en una segunda etapa cuando se le renovó el contrato existían varias personas dependiendo de los proyectos o responsabilidades que tenía la actora, por lo que a ella como representante de la pasiva la actora le reportaba lo relacionado con indicadores y a MARCELA RUEDA por la estructuración de varios procesos.

Que cuando acabó la actividad de Gestora Operativa para el programa de Especialización Inteligente la actora tenía que ayudar a estructurar cómo funcionaban las inducciones, tenía funciones específicas de ayudar en otro programa, supervisaba que el archivo que era manejado por ALIADOS S.A.S. se desarrollara en legal orden, entre otras funciones relacionadas con los diferentes proyectos, actividades que eran dirigidas por MARCELA RUEDA y ella como representante de CONNECT.

Que el contrato de la demandante se llevó a cabo antes de la pandemia, por lo que la oficina se encontraba abierta desde las 7:00 a.m. hasta las 6:00 p.m., pero al ser contratistas podían entrar y salir cuando quisieran, y en el caso de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la actora se veía durante el día en los escritorios, pero salía con frecuencia ya que tenía numerosas responsabilidades familiares que le impedían estar en la oficina y al mismo tiempo estaba organizando sus eventos.

Refirió que la demandante ocupaba un espacio dentro de CONNECT, pero también se encontraba la opción de teletrabajar. Que en CONNECT existe un armario con los diferentes implementos de trabajo, por lo que incluso los contratistas podían acceder a estos a través de la asistente administrativa, no recuerda si le fue asignado un computador, y que a todos los contratistas se les asigna un usuario de correo electrónico ya que se debe manejar la imagen de la empresa.

Que tarjetas y carné se le entregan a todos los contratistas independientemente su calidad, asentando que a través del *outsourcing* se manejan las dependencias de cada una de las 4 empresas que funcionan bajo esa modalidad, último que no es el que delega funciones, así como que seguridad en el trabajo lo maneja el *outsourcing* de nombre ALIADOS S.A.S.

Que la coordinación de los brigadistas no le fue entregada a la demandante como quiera que la encargada de esto es ADRIANA GARZÓN quien pertenecía al *outsourcing* financiero y administrativo, distinto era que la actora fuese Brigadista. Que pueden existir varias personas que tengan llaves del archivo de la papelería para poder acceder a él, de allí que la actora tuviese acceso a dichas llaves.

Refirió que CONNECT cuenta en la actualidad con un aproximado de 20 contratistas, manifestando que la demandante tenía un contrato de prestación de servicios directamente con CONNECT. Que la vinculación de la demandante finalizó por cuanto en el caso del primer contrato ya había finalizado el primer proyecto de Especialización Inteligente, misma situación que ocurrió con el segundo contrato de prestación de servicios.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La testigo CLAUDIA MARCELA RUEDA TABERA indicó que es la Sub Directora Ejecutiva de la demandada desde hace 10 años. Que conoce a la demandante por cuanto fue contratista de CONNECT durante aproximadamente 10 u 11 meses desde el mes de septiembre de 2018 hasta el mes de agosto de 2019.

Que la demandante tuvo a cargo varios proyectos siendo el principal el de Especialización Inteligente que es un proyecto que se desarrolló de la mano de la CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, otros proyectos y el desarrollo de políticas para la innovación tales como la estructuración de la metodología para recolectar indicadores de gestión y otros procesos de CONNECT, actividades todas que eran relacionadas con el objeto de CONNECT.

Que la demandante tenía un contrato de prestación de servicios por lo que se le pagaban honorarios de manera mensual, debía presentar cuentas de cobro con los soportes de pago a seguridad social. Que la demandante tuvo varias ubicaciones en CONNECT, tenía derecho a un computador y escritorio.

Que la actora asistía a diferentes eventos como lo fue en la CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, COMPENSAR y CONNECT, exponiendo que la demandante como contratista no tenía ningún horario fijo de trabajo, puesto que especialmente se le requería para asistir a los eventos y para la planeación de los mismos, por lo que esas actividades le ocupaban bastante tiempo.

Expuso que la demandante tenía un negocio de eventos, incluso trabajaba con una tía, por lo que la actora al no tener horario ajustaba sus propios tiempos para que no se cruzaran con actividades externas y el cumplimiento del contrato con CONNECT. Que la demandante hacía parte del programa de Gestión y Seguridad en el trabajo junto con otras dos personas que trabajaban en la Corporación y hacía parte de las pausas activas, precisando que el contrato de la actora finalizó porque se terminaron varios proyectos, siendo ella como declarante quien le notificó a la demandante el finiquito.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que con la demandante se suscribió un contrato de prestación de servicios y no uno laboral porque la finalidad era el desempeño de unos proyectos puntuales y una duración específica, nunca se le llamó la atención por tener actividades económicas adicionales, ni se le inició algún proceso de carácter disciplinario.

La testigo ALEJANDRA GONZÁLEZ refirió que es economista y trabajó al servicio de la demandada desde el mes de marzo de 2018 hasta el mes de noviembre de 2019 en el cargo de Directora de Innovación y ejecutó proyectos en el marco de Estrategia Inteligente, en especial con la alianza que se tenía con la CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Que conoce a la demandante porque hizo parte del proyecto Especialización Inteligente a través de un contrato de prestación de servicios, siendo sus actividades consistentes en la logística de los eventos relacionados con el proyecto por lo que tenían que ejecutar unos talleres y en el marco de estos se encargaba de armar bases de datos, realizar invitaciones y hacer seguimientos a las mismas, entrega de refrigerios en el evento, que el salón estuviera disponible, entre otras, sin que tuviera personal a su cargo.

Que la demandante para el cumplimiento de sus funciones tenía un sitio asignado y tenía que cumplir con las actividades de los eventos pues era precisamente el objeto de su contrato de prestación de servicios, pero sin ser un horario fijo sino cuando se coordinaran los talleres, sin que tampoco fuera regular que la actora se ausentara de los eventos.

No le consta si la demandante era brigadista, así como que debía presentar de manera mensual la cuenta de cobro para el pago de sus honorarios.

El testigo DAVID FERNANDO VEGA GAMBOA expuso que conoció a la demandante por cuanto fueron compañeros en CONNECT ya que él fue contratista como Consultor de Innovación desde el mes de octubre de 2018 y en la actualidad sigue teniendo vínculos de contratación de servicios con la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

encartada, sin que tenga conocimiento cuál era el tipo de contratación de la demandante ni cuando ingresó.

Que la demandante estaba al servicio de la demandada como Asistente Administrativa, actividad referente a todo el tema de gestión documental de la organización y manejar la agenda de la Gerencia, seguridad en el trabajo y apoyo logístico de CONNECT.

Que tanto él como la demandante se presentaban diariamente en CONNECT, y cuando ingresó a la empresa la entrega de equipo y demás se la hizo la actora. que él en algún momento fue Gestor Operativo, que consiste en manejar gestión documental y el tema logístico como era conseguir salones, entre otros aspectos, de igual manera que la actora tenía un catálogo de panadería.

En tal sentido, si bien las declaraciones de la Representante Legal de la demandada señora DIANA CAROLINA GAVIRIA, así como CLAUDIA MARCELA RUEDA TABERA y ALEJANDRA GONZÁLEZ, Sub Directora Ejecutiva y Directora de Innovación respectivamente, refirieron que la demandante por tener contrato de prestación de servicios no cumplía horario ni jornada laboral, la realidad procesal demuestra lo contrario como pasa a exponerse.

Nótese que los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes, tenían como obligaciones para con la demandante en su calidad de contratista desempeñar la función de Gestora Operativa, cuyo objeto en los dos contratos versaba a que obrando por su cuenta y riesgo, con libertad y autonomía técnica, administrativa, económica, financiera y directiva se obligaba a prestar los servicios profesionales Apoyando la Gestión Operativa del Proyecto de Especialización Inteligente y en la misma CORPORACIÓN CONNECT BOGOTÁ REGIÓN, contrataciones ambas en las que tenía un número de obligaciones a cumplir entre 23 y 30 según se extracta de ambos contratos de prestación de servicios.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al unísono y como lo sostuvo la *a quo*, obra un correo remitido por CLAUDIA MARCELA RUEDA TABERA Sub Directora Ejecutiva a la actora el 19 de diciembre de 2018, a través del cual se le enviaron las funciones del cargo de Asistente Administrativa de CONNECT, en los siguientes términos (Fls. 41 a 43 – PDF 01):

"A continuación te mando las funciones del cargo de asistente administrativa de Connect a las cuales en enero le dedicarás el 60% de tu tiempo, en febrero y marzo la dedicación subirá al 20% hasta mediados de marzo cuando será el 100%.

Bases de datos:

- . Enviar autorización de envío de información a todos los contactos nuevos en la base de datos.
- . Registrar ante Cámara de Comercio responsable de base de datos.

Temas administrativos

- _ Administración de activos de la empresa: computadores, parlantes, teclados, conectores, etc.
- _ Manejo de bases de datos: representante de la empresa ante la CCB, habrás dato, administración semanal de base con bajas y nuevos ingresos.
- _ Manejo de papelería: órdenes, control.
- _ Relación con el outsourcing para los temas administrativos, infraestructura, etc.
- _ Seguimientos de contratos administrativos y financieros con el outsourcing.

Coordinación de ingreso y egreso de varios funcionarios a la compañía:

- _ Activar ingreso a la empresa (coordinar reuniones de inducción, listar puestos de trabajo y materiales, inducción, temas administrativos y políticas de la empresa).

Apoyo temas tecnológicos:

- _ Seguimientos compromisos del área de sistemas del outsourcing, incluyendo migraciones, redes, internet, calidad del servicio, mantenimiento de equipos.
- _ Manejo y administración de plataformas de Connect: CRM, Hydra, Google, Drop Box, plataforma de envío de correo Sending Blue, Microsoft Office.
- _ Soporte y capacitación de las plataformas al equipo de Connect.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Manejo de temas de SGSST: relación con el proveedor, seguimiento actividades, participación en los comités, elaboración de indicadores de gestión de la organización.

Eventos:

- _ Organización de eventos: paneles de emprendedores.*
- _ Creación de plataformas de registro para todos los eventos.*

Todas las demás funciones administrativas de la empresa.”

Igualmente, milita Acta de entrega adiada el 7 de febrero de 2019 que da cuenta que a la demandante le fue entregada por parte de FABIOLA RODRÍGUEZ la caja menor, así como diferentes actividades pendientes por desarrollar con cierto personal de CONNECT, verificación de citas en la agenda de algunas personas, en especial del Comité Ejecutivo (Fls. 55 a 57 – PDF 01).

Obra un correo de fecha 25 de febrero de 2019 que remitiera CLAUDIA MARCELA RUEDA TABERA a la Representante Legal de CONNECT señora DIANA CAROLINA GAVIRIA, donde se expuso (Fls. 75 a 77 – PDF 01):

“Hola Diana

En respuesta a tu solicitud sobre las funciones de Claudia y de Fabiola, hemos acordado lo siguiente, lo cuál se encuentra en más detalle en los perfiles anexos. Quedamos atentas a tus inquietudes.

Claudia.

- 1. Especialización inteligente:**
 - a. *Organizar archivos, soportes y carpetas para entrega final del informe de EEI.*
 - b. *Organizar eventos o actividades de EEI, incluyendo consolidación de bases de datos.*
- 2. Procesos:**
 - a. *Organizar, consolidar y documentar las políticas, formatos, manuales y procesos de Connect.*
 - b. *Coordinar todo lo relativo al SST (documentación, capacitaciones, reuniones).*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

3. Logística:

- a. *Coordinar o apoyar la logística de actividades y eventos de Connect según se requieran (equipos, materiales, refrigerios, entre otros).*
- b. *Punto de contacto y coordinación de los temas logísticos y administrativos de la casa.*
- c. *Manejo de procesos de compra de papelería.*
- d. *Manejo y solicitud de cotizaciones a proveedores.*

4. Indicadores y base de datos.

- a. *Consolidar y manejar los indicadores, capacitar a funcionarios en el diligenciamiento de los mismos. EXM*
- b. *Mejorar el proceso de consolidación y organización de todas las bases de datos (excluyendo la de cabezas y socios).*
- c. *Manejo de políticas de hábeas data.*

5. Nuevos funcionarios:

- a. *Coordinación del proceso para el recibimiento de nuevos miembros de Connect.*
- b. *Capacitación de nuevos funcionarios de Connect en: Procesos, políticas, indicadores, plataforma EXM, SST, archivo, uso de la nube.*

6. Sistemas:

- a. *Manejo del correo Corporativo de Connect.*
- b. *Manejo y creación de los formularios en la nube.*
- c. *Manejo y control del inventario de los activos de Connect (computadores, conectores, equipos de comunicaciones).*

7. Otros requeridos por la organización."

Asimismo, yace una evaluación de desempeño denominada "*Evaluación de desempeño de empleados de Connect - 2019*", a través del cual a la actora se le practicó una evaluación de sus actividades entre los meses de septiembre y diciembre de 2018, así como un documento "*Planeación de metas de empleados de Connect - 2019*", donde a la demandante le fue practicada una descripción sobre las posibles metas a desarrollar (Fls. 85 a 91 – PDF 01).

Así las cosas, la Sala puede colegir que la demandante si bien tuvo en la contratación por servicios una actividad a desempeñar de Gestora Operativa, lo cierto es que, confrontado el caudal probatorio en su conjunto, lo que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

verdaderamente se advierte es un sin número de actividades que en su mayoría no estaban acordes propiamente al rol por la que se le contrató inicialmente en su calidad de contratista.

Nótese que como lo demuestran las mismas funciones que le fuesen recalcadas por la Sub Directora Ejecutiva CLAUDIA MARCELA RUEDA TABERA a la demandante mediante correo del 19 de diciembre de 2018, el rol que se le endilga es el de Asistente Administrativa, aspecto que en nada coincide frente a la actividad verdaderamente contratada.

De otra parte, a juicio de este Tribunal resulta desproporcionado que la actora como contratista incluso tuviera que encargarse de aspectos netamente secretariales dentro de CONNECT como fue el hecho que debiera recibir de la secretaria que reemplazó de nombre FABIOLA RODRÍGUEZ un Acta de entrega fechada el 7 de febrero de 2019 donde se le entregaban a desarrollar actividades propias de CONNECT bajo una continuada subordinación, aspectos que denotan un cambio totalmente ajeno al contrato de prestación de servicios.

Sumado a ello, no encuentra congruencia la Sala que hubiese sido la misma encartada quien efectuara evaluaciones de desempeño a la demandante en su calidad de “empleada”, así como una planeación de metas también como “empleada”, tópico que guarda plena congruencia con la declaración de DAVID FERNANDO VEGA GAMBOA, quien indicó que la demandante además de asistir de manera permanente a las oficinas de CONNECT, también refirió que su actividad allí era la de Asistente Administrativa, siendo la encargada la gestión documental, manejar la agenda de la Gerencia, seguridad en el trabajo y apoyo logístico de CONNECT.

Así las cosas, puede colegirse que atendiendo la ponderación probatoria del presente juicio al tenor de lo preceptuado en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., la demandada CORPORACIÓN CONNECT BOGOTÁ REGIÓN no logró



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

desvirtuar el elemento subordinante que conlleva a que en efecto entre las partes se haya configurado una verdadera relación laboral al tenor de la primacía de la realidad sobre las formalidades; circunstancia por la cual, este puntualísimo aspecto se confirmará, poniendo también de presente que si bien la demandante expuso en su interrogatorio de parte que tenía una empresa de decoraciones y varios, dicha situación *per se* no desvirtúa la existencia del contrato de trabajo.

d. De la sanción por despido sin justa causa de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del C.S.T.:

Ahora bien, valga la pena advertir que con relación a la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como las sentencias SL2053-2020, Radicación No. 79903 del 17 de junio de 2020, SL1254-2020, Radicación No. 67750 del 15 de abril de 2020, SL586-2020, Radicación No. 66993 del 26 de febrero de 2020, SL4416-2021, Radicación No. 82850 del 22 de septiembre de 2021, SL4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021, SL999-2022, Radicación No. 88534 del 30 de marzo de 2022, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido, y al empleador la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

Bajo esta égida, como lo sostuvo la operadora de instancia se aprecia que la prueba del finiquito contractual está plenamente probada, pues es evidente que el mismo operó a partir del 13 de agosto de 2019 previa comunicación que ejecutara la demandada CORPORACIÓN CONNECT BOGOTÁ REGIÓN a la accionante el 26 de julio de 2019, en la que se indicó lo siguiente (Fl. 43 – PDF 02):

“Apreciada Claudia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De la manera más respetuosa y de acuerdo con lo conversado con usted el día de hoy, nos permitimos comunicarle que la empresa ha decidido dar por terminado a partir del 13 de agosto del presente año, el contrato de prestación de servicios suscrito con usted el pasado 13 de marzo de 2019, haciendo uso de lo establecido en el numeral 3 de la cláusula décima de este contrato.

Agradecemos los servicios prestados y le deseamos muchos éxitos en sus nuevas actividades.”

En tal sentido, como lo dispuso la operadora de instancia, al configurarse un verdadero contrato de trabajo en atención a la primacía de la realidad sobre las formalidades, es evidente que el finiquito ocurrido por la encartada no se ajusta a una terminación ajustada a derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 62 del C.S.T.; circunstancia por la cual, este aspecto de condena dispuesto en la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse, dejando de presente además que al no haber existido reparo en la alzada en lo concerniente al monto impuesto como condena, la Sala mantendrá incólume tal situación.

e. De la indemnización moratoria reglada en el artículo 65 del C.S.T.

Tratándose de la indemnización moratoria, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que esta conducta pudiese causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

No obstante lo anterior, precisa la Sala que la citada indemnización no opera de manera automática, ya que su imposición debe preceder del análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL1771-2021, Radicación No. 81466 del 12 de mayo de 2021, SL1229-2022, Radicación No. 85137 del 5 de abril de 2022, entre otras.

Ahora bien, en tratándose de contratos de prestación el órgano de cierre también ha expuesto que la simple suscripción de contratos de prestación de servicios no es suficiente para probar la buena fe del empleador, así lo ha sostenido en decisiones tales como la SL3068-2022, Radicación No. 81680 del 31 de agosto de 2022, SL3092-2022, Radicación No. 80668 del 31 de agosto de 2022, SL3171-2022, Radicación No. 85563 del 22 de agosto de 2022.

Por tal razón, al existir plena prueba dentro del plenario que en todo momento a la demandante le fueron pagados honorarios a razón de los dos contratos de prestación de servicios que suscribió con la encartada, es por lo que el asunto de marras se rigió bajo la égida de una mala fe del empleador la cual, *a contrario sensu* de lo alegado por pasiva, no fue desvirtuada.

En efecto, no es de recibo estimar como acreditaba una buena fe patronal por el hecho de haberse referido que la accionada es una entidad sin ánimo de lucro que presta o desarrolla productos en Bogotá y la región sin ningún tipo de interés lucrativo, ello en tanto las obligaciones patronales deben ser acatadas independientemente de la naturaleza jurídica del empleador, de tal manera, que la sola suscripción de los contratos de trabajo no permiten establecer un actuar de buena fe, motivo por el cual se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

f. Del pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensión:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sobre el asunto, cabe mencionar que el Sistema General de Pensiones establece en el art. 15 de la Ley 100 de 1993, la obligación de afiliar a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo. De igual forma, el artículo 17 *ibidem*, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, establece que debe efectuarse las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones en vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

Entre tanto, el art. 22 de la misma obra, impone al empleador la obligación de realizar el aporte a pensión, así:

(...)

"ARTICULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador es responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontar el salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladar estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador."

Adicionalmente, el Alto Tribunal ha hecho precisión sobre los efectos de la falta de afiliación y su diferencia con la mora en el pago de aportes, al abordar el tema en sentencia SL1342-2019, Radicación No. 74146 de 10 de abril de 2019:

"En este punto considera la Corte oportuno señalar que el actor confunde las consecuencias en la omisión de la afiliación con las de la mora en el pago de aportes. Cuando acontece lo primero, se reitera, lo pertinente es el pago del cálculo actuarial para que se integre el capital que se requiere para el otorgamiento de la pensión de vejez. Por su parte, la segunda, se genera cuando existe el deber legal del empleador de realizar aportes al sistema de pensiones, a partir del momento de una afiliación válida y bajo los diferentes supuestos consagrados en la legislación y, en ese caso, la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consecuencia consiste en tener en cuenta el período que la entidad de seguridad social no cobró.

Desde esta perspectiva, es equivocado afirmar que la entidad de seguridad social estaba en la obligación de realizar gestiones de cobro por los aportes a pensiones no efectuados en períodos en que hubo omisión en la inscripción por falta de cobertura del ISS, puesto que no existía el deber de afiliación. En ese sentido, la conclusión del Tribunal fue acertada.”

Teniendo en cuenta la normativa en comento, no se denota yerro alguno por parte de la juzgadora de primer grado al emitir condena por tal concepto, en tanto, se demostró que el pago de aportes al sistema general de seguridad social a favor de la actora por parte de la demandada entre el 20 de octubre de 2016 y el 15 de marzo de 2019, no se llevó a cabo en ninguna oportunidad, por el contrario, fue la demandante quien tuvo que asumir la contingencia por el periodo comprendido entre el 3 de septiembre de 2018 y el 13 de agosto de 2019, de ahí que lo pagado por la demandante deba ser devuelto.

Idéntica situación de reintegro sucede con los aportes a pensión, así lo ha dispuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, trayendo a colación decisión reciente como lo es la SL3084-2022, Radicación No. 65852 del 31 de agosto de 2022, por lo que el reintegro ordenado en primera instancia habrá de confirmarse.

Es así como la decisión de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada toda vez que el recurso de alzada no gozó de prosperidad.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada y a favor de la actora. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$1.000.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya *Carlo Alberto Cortes Corredor*
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral **1100131050 35 2021 00143 01**
Demandante: **MARTHA MERCEDES OLMO GARCIA**
Demandados: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.**
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LEIDY CAROLINA FUENTES SUÁREZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.049.614.551 y T.P. 246.554 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder a ella conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 13 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARTHA MERCEDES OLMO GARCIA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad por medio de la administradora HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., igualmente, se declare que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra COLPENSIONES.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene a PROTECCIÓN S.A. traslade a COLPENSIONES los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de aportes, rendimientos y pagos de administración; asimismo, se ordene a COLPENSIONES reciba tales rubros, se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 22 de febrero de 1964 y que empezó a laborar en el año 1985, también expuso que en julio de 1994 un asesor del fondo de pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR le indicó que le era más conveniente estar en ese fondo de pensiones dada su naturaleza privada, teniendo en cuenta las deficiencias de la administración pública, motivo por el cual decidió suscribir el formulario de afiliación.

Seguidamente, adujo que al vincularse laboralmente al BANCO SANTANDER en septiembre de 2000, automáticamente fue afiliada a COLFONDOS S.A. y que cuando comenzó a trabajar en KRIPTO CONSULTORÍA, por decisión del empleador fue trasladada a PROTECCIÓN en el año 2004, donde continúa realizando cotizaciones a la fecha. Además, sostuvo que solicitó a dicho fondo una proyección de su mesada, el cual le indicó que, a la edad de 57 años, su mesada en esa administradora sería de \$3.399.211 sobre un I.B.C. de \$6.452.742, entre tanto, en COLPENSIONES sería de \$3.953.395.

Refirió que el 20 de enero de 2021, solicitó a PORVENIR y a PROTECCIÓN la nulidad de su afiliación, pedimento que fue denegado por esas administradoras. De la misma forma, relató que el 19 de marzo de 2021 solicitó a COLPENSIONES que la recibiera en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la cual negó su petición.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que la afiliación de la demandante a la administradora HORIZONTE en 1994, se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, lo que se aprecia en el formulario de vinculación, reiterando su voluntad de permanecer en ese régimen, con la afiliación que realizó en el año 1998 al fondo de pensiones COLPATRIA, de la misma forma, indicó que la demandante se encuentra incursa en la restricción legal establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Como excepciones formuló las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica. (Archivo 16).

Por su parte, COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en el libelo introductorio, indicando que dentro del expediente no obra prueba que permita inferir que al demandante se le hizo incurrir en error, por falta al deber de información por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, tampoco presentó inconformidad alguna. Al contrario, de las pruebas que yacen en el expediente se observa que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, además la gestora no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con lo normado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de mérito de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (Archivo 18).

Entre tanto, PROTECCIÓN S.A., en su contestación se opuso a las pretensiones del libelo genitor, arguyendo que la afiliación de la demandante al RAIS es totalmente válida y eficaz, ya que fue realizada con plena observancia de todas las disposiciones legales vigentes, de manera libre, voluntaria y sin presiones, en consecuencia, no puede predicarse que siempre ha estado afiliada a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES. Adicionalmente, se encuentra a menos de 10 años de la edad de pensión, por lo que se encuentra inmersa en la prohibición del literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que le impide trasladarse nuevamente de régimen pensional.

Como excepciones mencionó las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, aplicación del precedente sobre actos de relacionamiento en el caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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 y la innominada o genérica. (Archivo 30).

Mediante auto de 23 de febrero de 2022, se integró al contradictorio como litisconsorte necesario a COLFONDOS S.A. (Archivo 36). Así las cosas, dicha administradora al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del libelo genitor, sosteniendo que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente las pretensiones que depreca la activa, ya que se encuentra válidamente vinculada al RAIS.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y nadie puede ir contra sus propios actos. (Archivo 39).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de julio de 2022, absolió a las demandas de las pretensiones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

elevadas en su contra y condenó en costas y agencias en derecho a la promotora.

Para arribar a dicha conclusión, el juzgador de instancia relató que la actora se trasladó del régimen de primera medida al régimen de ahorro individual en agosto de 1994, al fondo de pensiones HORIZONTE; además, expuso que no es posible trasladarse de régimen cuando le faltan diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, conforme lo normado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por la Ley 797 de 2003.

De otro lado, refirió que la jurisprudencia ha establecido unas subreglas en casos en donde se depreca la ineficacia del traslado; entre ellas, la carga de la prueba en cabeza de los fondos de pensiones, respecto al afiliado experto y el afiliado lego, advirtiendo que en el *sub-examine* la actora señaló en el interrogatorio de parte, que se le suministró una información suficiente para adoptar y tomar las decisiones que les fueran más favorables respecto del régimen pensional al que se trasladó, pues dio cuenta de tener un conocimiento general, del que se puede concluir que es informado, además se trasladó a tres fondos privados, siendo su interés obtener unos beneficios, los cuales le fueron informados desde el primer momento, además detalló con claridad información que es acorde con la realidad.

También destacó que aspectos como el valor final de la mesada, depende de las condiciones de cada persona, rubro que solo se puede determinar en el momento del disfrute, recordando que hechos como el cambio de estado civil, genera un cambio en el monto de la pensión, lo cual no es equivocado, como tampoco lo es, lo atinente a la pensión vitalicia en el que tanto insistió la actora, luego, es evidente que tenía la información suficiente al momento del traslado, lo que le permitió concluir que le era más beneficioso permanecer en el RAIS, en consecuencia, declaró improcedente la declaratoria de la ineffectiveness del traslado, absolviendo a las demandadas de todas las pretensiones impetradas en su contra, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación y condenando en costas y agencias en derecho a la demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inconforme con la decisión, la demandante manifestó su disenso frente a la sentencia de primer grado. Al respecto, expuso que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero aplicable a los fondos privados, señala que es deber de las administradoras de pensiones brindar una información precisa para mayor transparencia de sus operaciones, lo que significa que no se debe inducir en error, ocultando información referente a las diferencias entre los regímenes pensionales, los pro y los contra de cada uno, y toda la información relevante para tomar esa decisión, lo que se refleja en la pensión de vejez.

Igualmente, solicita se analice nuevamente el interrogatorio de parte que rindió la promotora, pues si bien dijo que conocía que se podían obtener unos rendimientos y que la pensión se podía heredar a su hija, ello no es lo único que debe informar el fondo privado, pues no se le indicaron aspectos relevantes como lo atinente a los aportes voluntarios, las diferentes modalidades de pensión del RAIS, lo cual no se le puso en conocimiento para que tomara la decisión, pues el hecho de conocer que en el régimen de prima media se hace un aporte común o solidario y en el régimen de ahorro individual se efectúa un aporte individual, ello no significa que tuviera el conocimiento básico para saber si le convenía estar en ese régimen, lo cual es el punto álgido del presente caso, pues las Altas Corporaciones han establecido que la información debe ser clara y expresa, sin ocultamientos.

Tampoco se le informó cual iba ser el comportamiento de su pensión al cabo del tiempo, pues no se le dijo que la pensión vitalicia dependía de una aseguradora, como tampoco como variaría el valor de la pensión con el paso del tiempo, lo que no la hace una afilada lego, por lo que solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de esta demanda.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido"*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineffectiveness of the transfer, pointing out that *"ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineffectiveness of the transfer to a AFP by non-compliance with the duty of information. In fact, the judicial rule [...] is that the pension fund administrators must provide the member with clear, certain, comprehensible and timely information about the characteristics, conditions, benefits, differences, risks and*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto", criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

"[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineeficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante".

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

"Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineeficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.



Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuó la actora el 19 de julio de 1994, con HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR S.A. (Fl. 73 archivo 16), efectiva a partir del 1º de agosto de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP (Fl. 71 archivo 16), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la actora en su declaración sostuvo que estando al servicio de Bancolombia en el año 1994, los asesores de HORIZONTE le dijeron que COLPENSIONES estaba mal económicoamente, y que, al tener un sistema piramidal, su pensión estaría en riesgo, aunado a que la entidad entraría en liquidación y sus aportes se perderían. Relató que se le dijo que en RAIS tendría un ahorro individual y que obtendría una mejor mesada pensional; se podría pensionar anticipadamente y su dinero lo podía solicitar de contado o a largo plazo, luego, el incentivo en el fondo privado era que tendría una mejor mesada y el futuro del fondo público era incierto.

De otra parte, sostuvo que los traslados a otros fondos se dieron por que le ofrecían mejor rentabilidad, empero, antes de estar a diez años de pensionarse le surgió la inquietud sobre la pensión vitalicia, por lo que solicitó información sobre el particular a PROTECCIÓN, la cual le dijo que allí también tendría una pensión vitalicia y que sería mejor que la de COLPENSIONES, pero sin que se le entregara una liquidación para corroborar ese aspecto, por lo que no pudo colegir que COLPENSIONES era mejor en temas pensionales, de la misma forma, adujo que en el fondo privado le dijeron que su pensión la podían heredar sus hijos, pero eso no fue motivante para el traslado, pues lo que le interesaba era su pensión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De lo expuesto, *a contrario sensu* de lo señalado por el Juez de instancia, no se advierte confesión alguna por parte de la actora sobre el pleno suministro de una debida información, en tanto solo se le indicaron ventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad y algunas desventajas del régimen de prima media con prestación definida, sin que se le reseñaran también las desventajas del primero y las ventajas del segundo; luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba que advierte una información de parte de PORVENIR S.A. antes HORIZONTE al momento del traslado de la demandante, es evidente según lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º 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	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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

	laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 1994, una *"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"*.

Así las cosas, la Sala concluye que no le asistió razón al fallador de instancia al haber denegado las pretensiones referentes a la declaratoria de la ineeficacia del traslado de régimen pensional, dado que la AFP no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, lo que compele a la revocatoria de la sentencia de primer grado.

Ahora bien, es de mencionar respecto a la devolución de los gastos de administración, que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

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

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, como lo pretende la activa en el libelo inaugural.

En otro giro, conviene precisar frente a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

"Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

"Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

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

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A. a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).”

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual



de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se revocará en su integridad la sentencia de primera instancia y se ordenará a la demandada PROTECCIÓN S.A. antes ING, a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conceptos que deberá discriminados.

En igual sentido, deberá proceder la demandada PORVENIR S.A. antes HORIZONTE y COLPATRIA, junto con COLFONDOS S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esas administradoras.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la parte demandada.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de julio de 2022 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esa providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: DECLARAR ineficaz el traslado de régimen que realizó la demandante el 19 de julio de 1994 al fondo de pensiones HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

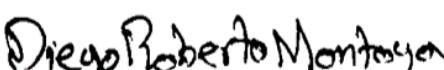
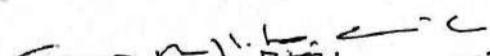
TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. antes ING, a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES). La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conceptos que deberá discriminar.

En igual sentido, deberá proceder la demandada PORVENIR S.A. antes HORIZONTE y COLPATRIA, junto con COLFONDOS S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esas administradoras.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

 
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN **CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR**
Magistrado Magistrado