



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 33-2019-00028-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JOSÉ DE JESÚS MENDOZA MONTAÑA

DEMANDADO: INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A.

AUTO

En cuanto a los memoriales presentados por el demandante JOSÉ DE JESÚS MENDOZA MONTAÑA en los cuales manifiesta que presente alegatos de conclusión o allega memorias USB, no serán tenidos en cuenta como quiera que de conformidad con el artículo 33 del C. P. del T. y de la S. S. para litigar en causa propia se requerirá ser abogado inscrito, calidad que no probó ostentar el demandante, por tanto, todas las actuaciones y solicitudes dentro del proceso debe realizarlas a través de su apoderado.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de abril del 2021.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandada INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. y las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ DE JESÚS MENDOZA MONTAÑA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió una relación laboral entre el 01 de enero de 1970 al 01 de abril de 1982; que se declare que el empleador durante la vigencia del contrato no pagó el valor de los aportes para las contingencias de invalidez, vejez y muerte. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada al reconocimiento y pago del cálculo actuarial por los tiempos o ciclos dejados de cancelar; suma que deberá pagar de manera indexada.

Como pretensiones subsidiarias solicita se condene al empleador al reconocimiento y pago de las sumas de dinero dejadas de pagar para las contingencias de invalidez, vejez y muerte por los períodos comprendidos entre el 01 de enero de 1970 al 01 de abril de 1982 sobre el salario que devengaba para esa época a Colpensiones mediante la figura de reserva o cálculo actuarial, junto con las costas y agencias en derecho. (fl. 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que prestó sus servicios personales mediante vinculación laboral para la demandada como Jefe de Topografía en diferentes proyectos; que se vinculó a la demandada desde el 01 de enero de 1970 hasta el 01 de abril de 1982; que la relación laboral se encuentra probada con la certificación expedida el 01 de abril de 1982 y la respuesta dada al derecho de petición que presentó el 14 de mayo del 2015; que se debe hacer claridad que los archivos ya no existen en razón a que las obras fueron



realizadas hace más de 40, 20 y 30 años; que para el 01 de abril de 1994 fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 contaba con más de 40 años de edad y más de 750 semanas por lo que es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de dicha normatividad; que conservó el régimen de transición pues a la entrada en vigencia del Acto legislativo 01 de 1995 contaba con más de 750 semanas; que acudió ante el ISS a reclamar una pensión de vejez, la cual le fue negada; que interpuso demanda ordinaria solicitando el reconocimiento pensional; que en cumplimiento de la sentencia proferida Colpensiones le reconoció una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aplicando para su liquidación una tasa de reemplazo del 48%; que en abril del 2014 elevó derecho de petición a la demandada solicitándole una certificación laboral por los tiempos que no figuran en la historia laboral de Colpensiones, en la cual se señalaron que los documentos se perdieron y que su empleador estaba impedida para vincular a sus trabajadores al sistema de seguridad social; que los períodos que no fueron cotizados por la demandada inciden en el porcentaje o tasa de reemplazo que Colpensiones tuvo en cuenta para liquidar su pensión, pues hace falta tener en cuenta 588 semanas laboradas para la demandada. (fls. 1 a 3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Ingenieros Civiles Asociados S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 1, 2, 3, 4, 17, 18 y 19, dijo no constarle el 5, 6, 7 y 8; que el 21 no es un hecho y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia de la obligación de pagar aportes al sistema de seguridad social en pensiones y ausencia de derecho sustantivo. (fls. 59 a 62).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre **JOSÉ DE JESÚS MENDOZA MONTAÑA** identificado con C.C. 5.920.261 del Guamo, y la



demandada INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. existió una relación laboral del 1 de enero de 1972 al 1 de abril de 1982, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A.A a pagar a COLPENSIONES, administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado JOSÉ DE JESÚS MENDOZA MONTAÑA, el CÁLCULO ACTUARIAL correspondiente a las cotizaciones por el tiempo comprendido entre el 1 de enero de 1972 y el 1 de abril de 1982, teniendo como salario base para cada año el S.M.L.M.V. de la época, conforme a la liquidación que llegare a ser realizada por la entidad.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada. Se fijan como Agencias en Derecho la Suma de Dos (2) S.M.L.M.V.” (fls. 79 a 81)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que en el escrito de contestación de la demanda el empleador se opuso a la certificación laboral allegada por la parte demandante, desconociendo tanto en su contenido como quien la suscribió. Que conforme lo ha establecido la CSJ le corresponde a la demandada desvirtuar o probar las inconsistencias probadas en las certificaciones, actividad probatoria que no se dio en el presente caso. Que para el Despacho no existe duda conforme los interrogatorios de parte de la existencia de una relación laboral entre las partes. En cuanto a los extremos temporales de la relación laboral señala que la inconsistencia reflejada en la certificación en cuanto al extremo inicial de la relación laboral puede ser subsanada con el documento de conciliación motivo por el cual se tendrá como fecha de inicio de la relación laboral el 01 de enero de 1972. Que frente al extremo final de la relación laboral teniendo en cuenta que en la conciliación no se indica con exactitud el día y mes de terminación del contrato de trabajo y dado que no hay más elementos de juicio en este punto aparte de la certificación laboral se tendrá como fecha de terminación del vínculo laboral la fecha de expedición de la certificación, es decir, el 01 de abril de 1982. En cuanto al pago de aportes pensionales con anterioridad a la



entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debe indicarse que si bien para las fechas en que estuvo vigente la relación laboral entre las partes no existía cobertura por parte del extinto Seguro Social, lo cierto es que para tal momento si existía la obligación en cabeza del empleador de realizar el aprovisionamiento de los recursos para el eventual reconocimiento de la pensión de vejez y trasladarlo al ISS una vez alcanzara la cobertura en la región en específico, obligación que en todo caso no fue cumplida. Aduce que teniendo en cuenta que no se allegó ninguna prueba que acredite el salario devengado por el demandante durante la vigencia de la relación laboral se tendrá como IBC el SMMLV para cada año. Frente a la conciliación celebrada por las partes afirma que no puede concluirse que en el presente caso exista cosa juzgada, ni hay lugar a ordenar al demandante reintegrar os \$12'000.000 recibidos por concepto de conciliación, pues estos dineros fueron recibidos de buena fe. Finalmente, señala que teniendo en cuenta que el pago de cotizaciones de naturaleza pensional es imprescriptible se declara no probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Ingenieros Civiles Asociados S.A.** recurrió la decisión proferida en primera instancia señalando que no está de acuerdo con los extremos de la relación laboral señalados en la sentencia. En cuanto al extremo inicial indica que el fallador de primera instancia aduce que es el 01 de enero de 1972 apoyado en la certificación aportada por la parte demandante en la cual se habla del año 1972, pero en ninguna parte se habla de día y mes y, que en la conciliación los comparecientes indican que el vínculo inicio en el año 1972 sin indicar tampoco día y mes, por lo que considera que es un error del Despacho concluir que el vínculo entre las partes inició el primer día del año 1972, lo cual se aparta de lo dicho por la CSJ quien indica que cuando una prueba sólo determina el año de un extremo laboral se debe partir del último día del año. Que no hay ninguna prueba que permita inferir que la relación laboral inició el 01 de enero de 1972.



En cuanto al extremo final señala que llama la atención que en el análisis de las pruebas no se le hubiese dado valor, ni importancia a la misma prueba que se utilizó para determinar el extremo inicial, sino que por el contrario se dejó de lado y se le dio mayor valor a la certificación aportada por la parte demandante. Que en la conciliación se dijo que el contrato terminó en el año 1980, pero se le dio valor a la certificación, la cual desde la contestación de la demanda se manifestó que se desconocía íntegramente, pues es una certificación que no tiene ningún membrete, ni logotipo de la empresa, no se sabe ni quien la suscribió, ni quien es Camilo Romero, persona que expide la certificación. Que nunca se aportó el original. Que con la conciliación ante el Ministerio del Trabajo se desvirtúa la certificación.

Que frente a la cobertura a la seguridad social es importante señalar que no es que el demandante haya estado desprotegido en aquellos tiempos en que su empleador no pudo pagar los aportes a seguridad social de los trabajadores que estaban en sitios alejados del país donde no había cobertura o cubrimiento del seguro social, sino que se regían por las normas del C.S. del T. Que el legislador señaló desde la Ley 90 de 1946 que iba a haber una cobertura gradual al sistema de seguridad social y esta cobertura se volvió plena sólo con la Ley 100 de 1993. Indica que es un error concluir que si el trabajador se beneficiaba en su momento del CST, además su empleador tuviera que tener un aprovisionamiento de fondos, lo cual es una teoría de la CSJ la cual sacó a relucir hace 4 o 5 años. Que el Ministerio del trabajo en el año 1996 le dio plena validez al acta de conciliación que se aportó. Que si hubiera existido un deber de aprovisionamiento o si se debía pagar la seguridad social el Ministerio de Trabajo se hubiese opuesto al acta de conciliación. Que la tesis de la CSJ durante muchos años fue que ante la ausencia de cobertura porque no existía en determinados sitios era que el empleador no estaba incumpliendo con ninguna norma. Que con la nueva postura se crea una inestabilidad jurídica.

Señala que el juzgado indica que no puede ordenar la devolución de los \$12'000.000 que se le pagaron al actor con la conciliación, porque la parte demandante no colocó demanda de reconvención, pero esto no era posible porque la parte demandante hasta hace poco aportó el acta de conciliación,



por lo que procesalmente era imposible. Que debe considerarse como un hecho sobreviniente, el cual no debe patrocinar un enriquecimiento injustificado de la parte demandante por lo que solicita se reintegre la suma de \$12'000.000.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el artículo 66A del C. P. del T. y de la S. S. la Sala resolverá los puntos de inconformidad planteados en el recurso de apelación formulado por la parte demandada.

En consecuencia y dada la sustentación se resolverán los siguientes puntos: (i) extremos de la relación laboral; (ii) posibilidad de condenar a pagar un cálculo actuarial por tiempos en los cuales no existía cobertura por parte del seguro social y (iii) devolución por parte del actor de los \$12'000.000 que le fueron pagados en la conciliación.

Extremos de la Relación Laboral

Como en todos los casos en que se discute el contrato de trabajo; siendo este el caso, pues desde la contestación de la demanda, fue rotundamente negado que el actor prestó sus servicios para la demandada en los extremos señalados en la demanda; debe la Sala recordar que la ley exige la coexistencia de tres elementos esenciales, a saber: **i) la actividad personal del trabajador;** ii) la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador, entendida ésta, como la facultad del empleador para exigirle a su trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y iii) el último de los elementos es el salario como retribución del servicio y también lo es que una vez reunidos estos tres elementos, -señala el artículo 23 del CST,- se entenderá que existe contrato



de trabajo y que no dejará de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

La Sala resalta el primer elemento, porque para que se abra la presunción contemplada en el art 24 del C S T, también de vieja data ha sido ya definido; **corresponde al trabajador acreditar la prestación del servicio; pero además los extremos en que se desarrolló, esta es una carga de prueba atribuida al demandante.** Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, SE ITERA, **le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio**, pues no se puede pretender que le basta a la parte afirmar que laboró en favor de otra, y que las normas procesales, lo relevan de acreditar los hechos, siendo valido de nuevo recordar que el tema de la prueba también ha sido aclarado tiempo atrás por la jurisprudencia, quien desde 1965 en sentencia de abril 9 indicó **que el artículo 24 del CST solo otorga una ventaja probatoria y no define necesariamente la contienda.**

Respecto de los extremos de la relación laboral la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 2536-2018, indicó que si bien los extremos laborales no se encuentran explícitamente enunciados en el artículo 23 del C. S. del T., como elemento constitutivo de la relación de trabajo, su determinación es inherente a la misma vigencia de la prestación del servicio, pues solo a través de su conocimiento es posible establecer el interregno por el que se prolongó la relación laboral y el quantum de las obligaciones correlativas que le incumben al empleador, por el mismo periodo. Por tanto, su carga probatoria le concierne al trabajador, en virtud del principio general de que quien pretende un derecho debe acreditar los hechos en que se funda, según el artículo 167 del CGP, aplicable a los juicios del trabajo por remisión analógica del artículo del 145 del CPT y de la S.S.

También ha enseñado la Corte entre otras en la sentencia SL 905-2013, la cual reiteró la sentencia bajo el radicado 22580 del 22 de marzo del 2006 que en los casos en que no se logre probar los extremos aducidos en la demanda, se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se



tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante. Así lo ha dicho:

“(...) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.

En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:

<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>...”

Indicando además la Corte que “...si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado”

Descendiendo al caso bajo examen y una vez revisadas las pruebas allegadas, se evidencia que efectivamente como lo indica el recurrente, el



fallador de primera instancia valoró erróneamente las pruebas aportadas al proceso, pues si bien, el actor aportó un documento denominado certificación, la cual se suscribió el 01 de abril de 1982 por parte del señor Camilo Romero señalando que lo hacía en su condición de Jefe de Personal, lo cierto es, que dicho documento fue desconocido por la parte demandada desde la contestación de la demanda, no existiendo certeza sobre el vínculo que existía entre quien suscribió el documento y la empresa demandada.

Adicionalmente, al revisar el documento no se evidencia que tenga ningún logo, ni membrete de la accionada, tal y como lo refiere el recurrente, es más, sobre la firma de quien la suscribe aparece un sello con el nombre de “CONSORCIO ICA GRANDICON PROYECTO JAGUAS” el cual no existe certeza que relación pueda tener con la demandada; por tanto, al no existir certeza de que dicho documento fue suscrito por algún empleado de la empresa demandada o con autorización de ésta, y que no existe ninguna prueba que nos permita determinar quien era Camilo Romero, pues no se evidencia conforme al certificado de la Cámara de Comercio que corresponda al representante legal de la empresa demandada, es claro que no cumple con las exigencias del artículo 54 A del C. P. del T. y de la S. S. para ser un documento auténtico y otorgarle valor probatorio.

Adicionalmente, se allegó por parte del mismo demandante acta de conciliación (fls. 73 a 75) con lo cual se desvirtúa lo dicho en la certificación, pues en la audiencia de conciliación celebrada el 16 de agosto de 1996 ante la Dirección Regional de Trabajo y Seguridad Social Santa Fe de Bogotá a la cual acudieron las partes a través de sus apoderados, se dejó plasmado que los comparecientes de común acuerdo manifestaban que el señor José de Jesús Mendoza Montaña laboró para Ingenieros Civiles Asociados S.A. desde el año 1972 hasta el año 1980, sin especificar día y mes, por tanto conforme lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia y tal como lo indica el recurrente, debe entenderse que el actor laboró por lo menos el último día del año 1972 y hasta por lo menos el primer día de 1980 y no como lo declaró el fallador de primera instancia.



Por tanto, habrá de modificarse el numeral primero y segundo de la parte resolutive para declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes únicamente entre el **01 de diciembre de 1972** y el **01 de enero de 1980**, como quiera que no existe ninguna otra prueba dentro del expediente que demuestre unos extremos diferentes.

Pago del Cálculo actuarial

No fue objeto de reproche que durante la vigencia de la relación laboral demostrada, el actor no tuvo cobertura para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por cuanto como en efecto lo señala el recurrente, para los extremos temporales antes señalados, esa demandada no estaba llamada a afiliar a sus trabajadores al ISS; al respecto, procede señalar a esta parte que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Alta Corporación, que en reciente pronunciamiento SL 1551 del 10 de marzo de 2021, reiteró criterio según el cual, en los casos de falta de afiliación a los riesgos de vejez, invalidez y muerte por falta de cobertura por parte del Instituto de los Seguros Sociales, estaba en cabeza del empleador, asumir la reserva para el cubrimiento de los mismos y de no haberlo hecho le correspondía efectuar el pago del cálculo actuarial a que haya lugar, así lo indicó en dicho pronunciamiento:

*En primer lugar, es verdad que para la fecha en la que se desarrollaron los diversos vínculos laborales del actor, el Instituto de Seguros Sociales no había extendido su cobertura sobre las empresas del sector del petróleo, como la demandada, lo que solo vino a darse a partir del 1 de octubre de 1993, por medio de la Resolución n.º 4250 de 1993. **No obstante, ante dicha realidad, esta Sala de la Corte ha concluido que los empleadores, no obligados a realizar la inscripción, conservaban en todo caso obligaciones pensionales a su cargo, fruto de la imposibilidad de subrogación del riesgo, que se podían traducir en el reconocimiento de la pensión de jubilación o, en últimas, en el pago de los aportes correspondientes al tiempo servido y no afiliado, por medio de cálculos actuariales, en los términos definidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.***

En la sentencia CSJ SL14388-2015, esta Sala advirtió al respecto que:

[...] a partir de sentencias como las CSJ SL9856-2014 y CSJSL17300-2014, la Corte abandonó viejas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador frente a dichas eventualidades, a la vez que definió, entre otras cosas, i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional; iii) y que la



manera de concretar ese gravamen, en casos «...en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar... que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.»

Ha determinado también la Corte que esa obligación no solo emana de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, como la concebida en el artículo 33, sino que encuentra arraigo en el mismo artículo 76 de la Ley 90 de 1946, de manera que no es cierto que, como lo dedujo el Tribunal, para la fecha de suscripción del acuerdo conciliatorio – 22 de septiembre de 1994 –, no existiera norma que permitiera el traslado de los aportes correspondientes a periodos en los que no se registró la afiliación, por medio de cálculo actuarial, pues esa regla puede entenderse establecida antes y después de la entrada en vigencia del sistema integral de seguridad social.

En sentencias como la CSJ SL939-2019, CSJ SL4334-2019 y CSJ SL1122-2019, entre otras, esta Sala ha recalcado que, como lo reclama la censura, la referida carga pensional emana de la misma Ley 90 de 1946 y concretamente de la obligación establecida para los empleadores de aprovisionar los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones pensionales causadas por la falta del inicio de cobertura del ISS, que se había visto reforzada por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

Las mismas consideraciones han sido realizadas específicamente frente a empresas del sector petróleo en las sentencias CSJ SL3892-2016, CSJ SL835-2018, CSJ SL1122-2019 y CSJ SL1356-2019, entre muchas otras. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, contrario a lo señalado por el recurrente, estaba en cabeza del empleador asumir el riesgo pensional de sus trabajadores, cuando no estaba llamado a efectuar cotizaciones en favor de estos a entidad de seguridad social alguna, no quedando otro camino que el cubrimiento de la contingencia de vejez a su cargo, mediante cálculo actuarial, no pudiéndose desconocer la prestación del servicio del demandante de la que deriva la obligación de salvaguardar su derecho a adquirir prestación pensional, pues si bien para la data en que tuvo lugar la relación laboral demostrada, la asunción del riesgo pensional, se encontraba en cabeza del empleador, lo cierto es que en el caso del señor José de Jesús Mendoza Montaña, la demandada no le otorgó derecho pensional alguno en los términos del entonces vigente artículo 260 del CST, no pudiéndose desconocer, se itera, los periodos laborados por éste a favor de la demandada para construir la prestación pensional conforme la normatividad ahora vigente.

Ahora bien, se observa que para el caso bajo estudio las partes demandante y demandada suscribieron el 16 de agosto de 1996 acta de conciliación, mediante la cual pactaron el pago a favor del actor de la suma de



\$12'000.000 señalando que se otorga como una forma de conciliar todos los derechos laborales pendiente de pago total o parcialmente a título de indemnización, por cuanto no tiene derecho para hacerse acreedor a una pensión sanción.

Frente a la posibilidad de conciliar los casos de omisión de aportes la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1551 de 2021, M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán, se refirió de la siguiente manera:

No obstante, para la Corte no es posible acceder a la casación de la sentencia recurrida, pues del análisis detenido del acta de conciliación suscrita entre las partes (folios 24 a 29), se puede ver claramente que el objeto de la misma no fue el pago de aportes al sistema de pensiones, como lo dedujo erróneamente el Tribunal, sino la pensión de jubilación, constituida hasta ese momento en una mera expectativa que, por lo mismo, resultaba válidamente susceptible de conciliación a través del denominado pacto único de pensión.

*En efecto, la Corte debe llamar la atención en que, como se dijo anteriormente, el hecho de que el Instituto de Seguros Sociales no hubiera extendido su cobertura sobre las empresas del sector del petróleo, como se verificó en este caso, **implicaba que las mismas conservaran obligaciones pensionales precisas, que bien se podían traducir en el pago de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, con cargo exclusivo a sus recursos o, en últimas, en la convalidación de los tiempos servidos y no aportados ante la respectiva entidad de seguridad social, por medio de cálculo actuarial, en la forma prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3892-2016 y CSJ SL1342-2019).***

*Es decir que la conservación de la carga pensional y el aprovisionamiento de los recursos no siempre generaban el pago del cálculo actuarial a la entidad administradora de pensiones, **sino que, de cumplirse las condiciones legales necesarias, la empresa bien podía asumir el pago de la pensión legal de jubilación, con cargo exclusivo a sus recursos.***

*Esa y no otra situación es la que puede verificarse en este asunto, pues en la diligencia de conciliación las partes partieron por **reconocer clara y expresamente que el actor tendría derecho a una pensión de jubilación en cuantía igual a \$214.702.00, a cargo de la empresa, que, por tener hasta ese momento la condición de expectativa, solucionarían a través de un «pacto único de pensión de jubilación», soportado en un estudio actuarial.** Nunca se mencionó, en el marco del acuerdo, que la empresa adeudara aportes al sistema de pensiones, traducibles en algún cálculo actuarial, como sucedió en el caso analizado en la sentencia CSJ SL1982-2019, sino que, se repite, la empresa reconoció que al actor le correspondería una pensión de jubilación patronal por sus servicios, que podía ser materia de un pacto único de pensión.*

Asimismo, en la sentencia CSJ SL17740-2015, reiterada en las decisiones CSJ SL17778-2016 y CSJ SL5508-2018, la Corte diferenció las figuras jurídicas de «pago anticipado de mesadas pensionales futuras» y «pacto único de pensión» y reiteró que este último resultaba legítimo, en el curso de una diligencia de conciliación, si la pensión sobre la cual recaía constituía apenas una expectativa, porque el beneficiario no había cumplido la integridad de los requisitos necesarios para adquirirla.

Igualmente, en la sentencia CSJ SL14030-2016, la Corte reiteró que las pensiones de jubilación a cargo del empleador, en tránsito de adquisición y reducidas a



expectativas, sí podían ser materia de conciliación entre las partes, por no afectar derechos ciertos e indiscutibles. Dijo la Corte en esta oportunidad que:

[...] si falta cumplir el requisito de la edad para adquirir el derecho a la pensión de jubilación, solo se tiene una mera expectativa de derecho, esto es, un derecho eventual o en formación, por lo que la falta del cumplimiento de dicho supuesto fáctico para acceder a la susodicha prestación económica, lo hace susceptible de ser conciliado por ser un derecho incierto y discutible.

Igual orientación ha mantenido la Corte respecto de pensiones convencionales en curso de adquisición, de lo que son un ejemplo las sentencias CSJ SL19457-2017 y CSL SL2722-2018, entre otras.

*A partir de todo lo anterior, la Corte puede concluir que: i) la conciliación suscrita entre las partes no recayó sobre los aportes destinados al sistema de pensiones, sino **sobre una pensión de jubilación en curso de adquisición**, constituida como simple expectativa; ii) el empleador, en dicha medida, asumió la carga pensional que le correspondía por los servicios prestados por el trabajador, ante la falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales sobre las empresas del sector del petróleo; iii) y, **por tratarse de una expectativa pensional, las partes podían conciliarla, mediante un pacto único de pensión, debidamente respaldado en un estudio actuarial.***

Resta decir que, al haber asumido el empleador su carga pensional con el reconocimiento de la pensión de jubilación, así hubiera sido conciliada, ya no era factible el pago de aportes al sistema de pensiones, por medio de cálculo actuarial, como lo pretende la censura, pues ello implicaría adjudicarle inadecuadamente al empleador una doble obligación, por el mismo tiempo de servicio prestado. (Negrilla fuera del texto original).

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se tiene que contrario a lo señalado la situación fáctica dilucidada en el pronunciamiento antes transcrito, no se equipara al caso del aquí demandante, pues a través de la conciliación que se analiza, no se pactó un **posible reconocimiento pensional ni menos los términos del mismo** a su favor, sino la entrega de una suma dineraria a la misma demandante a título de indemnización por no cumplir los requisitos para acceder a una pensión sanción y que dicho sea de paso, es bien sabido, conforme la línea jurisprudencial proferida en cuanto al pago de cálculo actuarial y que se reseñó al inicio de este pronunciamiento, que las sumas destinadas al pago de cálculo actuarial, deben destinarse **directamente a la entidad de seguridad social** a la que se encuentra afiliado el trabajador, siendo claro que en esta oportunidad la suma reconocida a título de indemnización al demandante no cumplió con el objeto pretendido, pues no se destinó al cubrimiento de su riesgo pensional, circunstancia que tampoco puede ir en detrimento del mismo, pues se itera, si el querer de la demandada era salvaguardar los derechos de esta índole del actor, debió efectuar la reserva de dichas sumas para destinarlas al efecto cuando fuera llamada a cotizar.



Aunado a lo anterior y como se dijo en el presente es claro que no medió un pacto único de pensión, no siendo de recibo que con el pago de la suma pactada en diligencia de conciliación, la demandada se releve de su obligación de asumir la carga pensional de esta, máxime cuando como se dijo, dicha suma, no se destinó para tal efecto y tampoco se pactó reconocimiento pensional alguno para entender relevada a la pasiva de la obligación en comento que se itera, por Ley le compete, razón por la cual y contrario a lo indicado por esta, la conciliación bajo estudio, no puede tener los efectos de cosa juzgada, ya que los términos del pago allí señalado, en efecto desconocen el carácter irrenunciable del derecho pensional.

Devolución de la suma pagada en la conciliación

Por último y en lo atinente a la devolución de lo pagado al actor en la conciliación, se tiene que en esta oportunidad no se reúnen los presupuestos para que opere la figura de la compensación, primero porque no se propuso como excepción y segundo, porque conforme lo señalado en el artículo 1714 del CC, el demandante no ostenta la calidad de deudor respecto a la demandada, pues si bien, se entregó una suma a su favor, la misma fue a título gratuito como se desprende del acuerdo conciliatorio.

Así las cosas, se confirmará la sentencia en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, para en su lugar



DECLARAR que entre **JOSÉ DE JESÚS MENDOZA MONTAÑA** y la demandada **INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A.** existió una relación laboral entre el **01 de diciembre de 1972** y el **01 de enero de 1980**.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada para en su lugar **CONDENAR** a **INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A.** a pagar a **COLPENSIONES**, administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado **JOSÉ DE JESÚS MENDOZA MONTAÑA**, el **CÁLCULO ACTUARIAL** correspondiente a las cotizaciones por el tiempo comprendido entre el 01 de diciembre de 1972 y el 01 de enero de 1980, teniendo como salario base para cada año el **S.M.L.M.V.** de la época, conforme a la liquidación que llegare a ser realizada por la entidad.

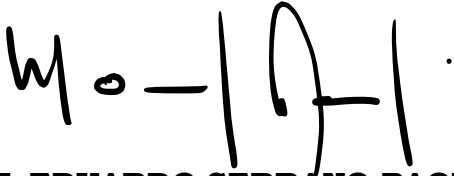
TERCERO. CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 01-2019-425-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: OVER SILVANO TOLEDO Y OTRO
DEMANDADO: AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 18 de enero de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se allegaron por parte de la demandada que solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

Los señores OVER SILVANO TOLEDO y LUDY HAYDEL MORA por intermedio de apoderado judicial interponen demanda ordinaria laboral con el fin de que se determine que la muerte del joven Naren Dietmar Toledo Mora, fue consecuencia de un accidente de trabajo, ordenando a la demandada a reconocer pensión de sobreviviente a su favor.

HECHOS

Fundamentaron sus pretensiones señalando que ostentan vínculo marital vigente desde el 12 de octubre de 1997, unión de la que nacieron 3 hijos entre ellos, Naren Dietmar Toledo, quien para el año 2017, empezó a laborar en una empresa de vigilancia privada en el cargo de vigilante, servicio que prestó en las instalaciones del Campamento Casablanca del Consorcio Vial Helios en Guadas – Cundinamarca, que devengaba el SMLV, que el 30 de diciembre de 2017, su hijo fue víctima de accidente de trabajo cuando varios sujetos el hurtaron el armamento asignado y le ocasionaron la muerte con la misma arma, que se encontraba afiliado a la demandada para el cubrimiento de riesgos profesionales, que dicha entidad adelantó la respectiva investigación del accidente; que como consecuencia del mismo, ellos y sus demás hijos sufrieron perjuicios, ante la ayuda económica que percibían del joven Naren.

Afirman que el 18 de mayo de 2018, elevaron derecho de petición ante la demandada solicitando reconocimiento pensional de sobreviviente, la que fue negada; que la señora Ludy se dedica a labores del hogar y el señor Over, sólo percibe un salario mínimo, razón por la que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, ya que no cuentan con ingresos que les permitan llevar una vida digna y viven en el Municipio de Guadas en una vivienda arrendada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda AXA COLPATRIA S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 9 y 20, negó los No. 10,13, 14, 16 y 22 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó los demandantes no cumplen con los requisitos exigidos por la Ley para que se le reconozca la pensión de sobreviviente pretendida, AXA Colpatria ha cumplido sus obligaciones legales y contractuales y ha actuado siempre de buena fe y prescripción de las mesadas pensionales.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento DECLARÓ probada la excepción denominada los demandantes no cumplen con los requisitos exigidos por la Ley para que se le reconozca la pensión de sobreviviente pretendida, formulada por la demandada y la absolvió de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a los demandantes.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que el derecho reclamado se regía por la fecha del deceso del causante, esto es, año 2017, data para la cual, se encontraban vigentes los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, que el literal d. del artículo 47 consagraba que serían beneficiarios de esta a falta de cónyuge e hijos, los padres del causante y al respecto, la sentencia 87307 del 2021, reiteró que la expresión *total y absoluta* en cuanto a la dependencia económica, no podía tener la connotación de exigir un estado de pobreza absoluta o indigencia, pues así tuvieran un patrimonio propio, sino eran autosuficientes y dependían de la ayuda económica del hijo, podían acceder a la pensión de sobrevivientes, por lo que se entendía que dicha dependencia no debía ser absoluta, no obstante, tampoco se podía predicar de cualquier ayuda por parte del hijo como igualmente lo había reiterado dicha Corporación, pues debía existir cierto grado de dependencia de los padres respecto del hijo.

Que en cuanto a la dependencia económica alegada por los demandantes, se había probado que el causante había nacido en el año 1998 y falleció en el 2017 como consecuencia de un accidente laboral, contando para dicha data con 19 años de edad, que para el año 2018, todo el grupo familiar del causante, se encontraba afiliado al régimen subsidiado, Sisbén I; que del interrogatorio de parte que absolviera el demandante Over Toledo, manifestó haber laborado hasta el año 2018 y tener afiliado a su grupo familiar al sistema de salud, que el testigo José Poveda, tío del fallecido y dueño del inmueble en que habitaban los demandantes y el causante, indicó desconocer el salario devengado por su sobrino y la tipología de contrato, que le constaba que el hijo de los demandantes aportaba económicamente a su núcleo familiar, ya que él le pagaba directamente \$150.000 mensuales

que equivalían a la mitad del arriendo y creía que aportaba para los demás gastos del hogar.

Que lo dicho por este testigo resultaba contradictorio ya que el contrato con Amcovit había durado sólo 1 mes y 2 días y previo a ello, este se encontraba prestando el servicio militar, por lo que no era posible que el joven haya efectuado dicho aporte económico con anterioridad a octubre de 2017, en cuanto a la testimonial vertida por la abuela y tía del fallecido, coincidieron en que este había trabajado en abastos y había prestado el servicio militar, que los demandantes les habían indicado que el muchacho les colaboraba económicamente, pero desconocían el valor de su aporte.

En cuanto a la testigo Marolin Torres, quien pese a ser cercana a la familia del causante, desconocía en todo lo correspondiente al aporte que él destinaba al hogar; que estando los demandantes en el deber de probar su afirmación de dependencia económica respecto de su hijo, en los términos del artículo 167 del CGP, la que había quedado desvirtuada ya que el contrato laboral del que indican devenía la ayuda económica, sólo había durado 1 mes y con anterioridad a ello, el causante se encontraba prestando el servicio militar, por lo que el aporte que hubieran podido recibir los demandantes, no tenía la entidad de ser forzoso para su congrua subsistencia, debiéndose absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas en contra.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante recurrió señalando que con las pruebas aportadas y practicadas, había quedado acreditada la dependencia económica de los demandantes respecto de su hijo fallecido, la que si bien, no era absoluta, sí se había demostrado que el fallecido había contribuido significativamente con los gastos del hogar, que el testimonio del señor José Poveda había sido muy diciente cuando indicó que el joven había colaborado con los gastos del arriendo y demás, de igual forma las demás testimoniales dieron cuenta que el joven laboraba desde antes de ingresar a prestar el servicio militar y fruto de lo devengaba colaboraba económicamente en el hogar ya que era una familia humilde y la madre del causante se dedicaba a las labores del hogar, siendo su esposo quien

soportaba los gastos del hogar y por ello la ayuda del causante resultaba significativa.

Que en cuanto a la testimonial vertida por la señora Marolin, esta había indicado que una vez falleció el causante, empezaron a pasar por muchas necesidades y tuvieron que desistir de optar por un subsidio de vivienda, demostrándose que la dependencia si bien no era absoluta, sí era significativa y existía desde antes de tener el trabajo formal en ejercicio del que falleció.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado por la parte demandante y con lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., la sala determinará si los demandantes, acreditaron la dependencia económica respecto de su hijo fallecido Naren Dietmar Toledo.

No fue objeto de reparo la fecha la calidad de hijo del causante respecto de los demandantes, como tampoco que falleció el 30 de diciembre de 2017, como se observa de certificado de defunción allegado al plenario digital; de igual forma no fue ofreció reproche que su deceso obedeció a la ocurrencia de accidente de trabajo.

Con base en lo anterior y a efecto de solucionar el problema jurídico planteado, imperativo resulta comenzar señalando que como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, que como se indicó, tuvo lugar el 30 de diciembre de 2017, data para la cual, se encontraba vigente la Ley 797 de 2003, normatividad que exige en su artículo 13, para el caso de los padres y ante la inexistencia de hijos y cónyuge como es el caso del causante Naren Toledo, acreditar dependencia económica respecto de la causante fallecida.

Conforme lo anterior, procede verificar si los demandantes acreditaron dicha dependencia respecto de su hija fallecida, la que no debe ser TOTAL Y ABSOLUTA, como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C – 111 de 2006 y así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en

reciente sentencia SL 3315 del 5 de agosto de 2020, M.P. Fernando Castillo Cadena; indicando de igual forma que la dependencia económica a acreditar por parte de los padres, debe ser relevante o significativa y no constituir una simple ayuda del hijo hacia sus padres.

Es así como para que sea procedente la pensión de sobrevivientes pretendida, debe configurarse una situación fáctica en la que se debe demostrar cierto grado de subordinación de los padres en este caso, respecto de la ayuda económica que en vida le era suministraba por su hijo; de manera que dicha ayuda le permitía mantener una vida en condiciones dignas y de subsistencia mínima y siempre que no se demuestre que con los ingresos que devenga el peticionario pueda ser económicamente independiente, es decir que si con aquello de donde deriva su sustento y sin la ayuda brindada por la causante puede vivir bajo las mismas condiciones, desaparece de manera inmediata el propósito principal y el fin último de la pensión reclamada.

Así las cosas, verificado el acervo probatorio, se puede establecer en el presente, que contrario a lo manifestado por la recurrente las testimoniales vertidas en el trámite procesal, simplemente dieron cuenta de la ayuda del causante en el pago de una proporción del arriendo para una única mensualidad, como lo manifestara el tío de este, testigo José Poveda; por su parte, la testigo Marolin Torres y como bien dio cuenta el juzgador de primer grado, nada dijo respecto a la proporción en que el hijo de los demandantes destinaba a los gastos del hogar y lo mismo sucede respecto de las testigos Rubiela Bedoya y Norbelly Mora, quienes únicamente manifestaron que les costaba que el joven Naren aportaba económicamente al hogar, pero nada más al respecto; de tal manera que si bien quedó medianamente determinada una ayuda económica por parte de este último hacia el sostenimiento del hogar, no se probó que fuera de tal magnitud que sin ella, los demandantes no pudieran seguir subsistiendo de manera digna en los términos de la jurisprudencia antes anotada, debiéndose **confirmar** la sentencia de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ ELOY RODRÍGUEZ CHACÓN VS
ALBELINO RODRÍGUEZ CHACÓN RAD N° 02-2019-499-01**

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra el auto proferido por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá, el día veinticinco (25) de julio de dos mil veintidós (2022), por medio del cual se declaró no probada la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones. En cuanto a la excepción de prescripción se difirió para la sentencia. (Expediente Digital).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la parte demandante, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

HECHOS

JOSÉ ELOY RODRIGUEZ CHACÓN, presentó demanda **en contra de ABELINO RODRÍGUEZ CCHACÓN** para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare que existió un contrato de trabajo el cual terminó por causa imputable al empleador. En consecuencia, solicita pago de prestaciones, sanciones moratorias, subsidio familiar, indexación extra y ultra petita. (Expediente Digital)

Al contestar la demanda, se propuso la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones. (Expediente Digital)

Mediante la providencia que hoy estudia la Sala la Juez de Primera Instancia decidió declarar no probada la excepción considerando en síntesis que: “... *se refirió al art*

25 A del CP del T y de la S S, lo citó y señaló que en este caso no existe indebida acumulación por cuanto, se observa que las pretensiones no son contrarias entre sí, se pueden tramitar bajo una misma cuerda procesal y que el hecho que se solicite la declaración de un contrato y su terminación no constituye indebida acumulación y todas se pueden tramitar”

Inconforme con esta decisión la apoderada de la demandante interpone recurso, afirmando que: “ *si bien es cierto en el 3.1 lo que hace es tratar de confundir situaciones jurídicas de que supuestamente hay una relación de trabajo es una pretensión que no se ha probado en el 3.2 de plano dice que hay un salario y del 3,3 no individualiza lo que se pretende”*

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, la sala se referirá al recurso, advirtiendo desde ya que la decisión de la Juez de primera instancia, será CONFIRMADA, encontrando un escaso argumento en el recurso, que se limita a repetir el sustento expuesto al proponer la excepción; siendo pertinente anotar que aunque el recurso de apelación no exige formulas n técnicas rigurosas, si debe señalar cual fue el error del Juez en su decisión, se itera en este caso casi inexistente, resolviendo la Sala el recurso solo interpretando la Sala la inconformidad en cuanto a la indebida acumulación, ya que ningún argumento se presentó en cuanto a la decisión de diferir la decisión de la prescripción para la sentencia.

Sea lo primero advertir que con una simple lectura de la demanda es posible inferir que no existe una indebida acumulación de pretensiones y que desde que se propuso la excepción el recurrente confunde una supuesta falta de claridad en lo pedido, con una indebida acumulación de pretensiones, figura que en forma clara estipula el art 25 A del C P del T y de la S S.

En ese orden lo que se observa es que el recurrente olvida no solo el contenido del artículo, sino además lo dicho por la CSJ que siempre ha sostenido la tesis de prevalencia del derecho sustancial, sobre las formas y el deber del Juez de interpretar la demanda, para lograr este postulado, en caso de que en verdad exista confusión en las pretensiones.

En sentencia SL580 de agosto 21 de 2013 Rad N° 43604 la Corte Expresó:

“...El Tribunal estimó conforme con lo dispuesto por los artículos 25 y 25 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que no era posible acumular en una misma demanda pretensiones excluyentes y en tal sentido halló que “la indemnización por despido sin justa causa y la de reintegro al cargo que venía desempeñando u otro igual o similar ... van en contravía a los preceptos legales mencionados, porque la primera lleva implícita la finalización de la relación

laboral, mientras que el reintegro al cargo que venía desempeñando implica que la relación no se termina sino que la misma continua”.

No obstante, para esta Corte, los fallos inhibitorios dejan en suspenso la materialización del derecho sustancial y constituyen un pronunciamiento formal que no satisface las aspiraciones de los sujetos procesales, quienes lejos de resolver su controversia se ven sometidos a su indefinición, lo que sin lugar a dudas contraría la más vital de las aspiraciones de la justicia, cual es lograr la paz social.

Lo anterior implica que, para evitar cualquier ruptura de tal talante, corresponde a los juzgadores de instancia, ante lo oscuro o impreciso, interpretar la demanda a través de los distintos métodos posibles, para determinar cuál es el verdadero querer de las partes, la auténtica intención de quien la presentó.

No puede perderse de vista que tal instrumento de acceso a la justicia tiene una connotación de esencialidad, pues es por su conducto que quienes comparecen a la jurisdicción exteriorizan su propósito y corresponde al Juez encontrar si existe razón en lo pedido, una vez se ha surtido todo el debate para tal efecto y ha escuchado a su contradictor.

Es verdad que tanto en el artículo 25, como en el 25 A del C.P.T. y S.S se regula lo relativo a la demanda y allí se indica que corresponde referir el cimiento jurídico, los hechos y omisiones que sirven de fundamento a las pretensiones, que deben ser “expresad [as] con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado”, y en lo relacionado con su acumulación se fijan como reglas principales que exista competencia del juzgador para resolverlas, que no sean excluyentes “salvo que se propongan como principales y subsidiarias” y que puedan tramitarse por el mismo procedimiento; **todo ello debe verlo el juez en su contexto, y no de manera desconectada, a efectos de poder desentrañar, ante la eventual vaguedad, el querer del demandante, con el fin de evitar una nulidad o, como en este caso, una decisión meramente formal con grave detrimento de las partes, como ya se dijo.**

De ese modo corresponde al juzgador, a través de la lógica jurídica, determinar el sentido de las aspiraciones, y advertir, bajo ese norte, que aunque pueda existir contradicción en lo pedido, alguna de las pretensiones debe ser la válida, ya sea porque existió mayor énfasis en su argumentación, o porque la ubicación del texto permite argüir que se planteó como principal, o subsidiaria, aunque no lo haya puesto en un acápite específico, siendo el último camino, como ya se ha insistido, el de la inhibición.

Todo lo advertido tiene una mayor significación en los juicios del trabajo, en tanto deben servir para “lograr la justicia en las relaciones que surgen entre {empleadores} y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social” (artículo 1° C.S.T.) y su materia goza de protección preeminente del Estado al punto que “Los funcionarios públicos están obligados a prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones” (artículo 9° C.S.T.); ello traduce en que los jueces están convocados a materializar tales aspiraciones, a través de una sentencia definitiva....”

Sentencias reiteradas entre otras en las decisiones SL10473 de agosto 6 de 2014 Rad N° 44484 y SL9318 de junio 22 de 2016 Rad N°45931.

En ese orden es claro que incluso y aun existiendo una indebida acumulación, debe el Juez interpretar la demanda para determinar cuáles son las principales y cuales

las subsidiarias, insistiendo la Sala en que en este caso ni siquiera eso puede concluirse; ni de la excepción ni del recurso, que se dirige a cuestionar de fondo el derecho o a temas diferentes a este defecto procesal.

No sobra recordar que en lo que tiene que ver con la indebida acumulación de pretensiones, el artículo 25 A del C.P.T.S.S, modificado por el artículo 13 de la Ley 712 de 2.001, establece la figura de la acumulación de pretensiones, como reflejo del principio de economía procesal y celeridad. Esta figura se erige como la facultad que tiene la parte demandante, para que en un mismo proceso y bajo el conocimiento de un mismo operador judicial, **se ventilen pretensiones disímiles o que resulten sin vínculo de conexión entre unas y otras, siempre y cuando se cumplan con los requisitos del citado artículo, que en esencia son: que el juez sea competente para conocer de todas las pretensiones; que las pretensiones no se excluyan entre sí; y que puedan tramitarse por el mismo procedimiento.**

Basta con observar las pretensiones para determinar que estas se limitan a la declaración de existencia de un contrato de trabajo y a su forma de terminación, pago de prestaciones y sanciones moratorias, luego como señaló la Juez ninguna vulneración a la norma existe, e incluso que ni siquiera **existen allí pretensiones que se excluyan, lo que se itera surge de una simple lectura de la demanda.**

En el entendimiento de la Sala, la indebida acumulación de pretensiones, planteada como excepción previa, tiene la finalidad de ajustar la relación jurídico procesal que se pretende entablar, a las posibilidades y exigencias formales que se prevén legalmente, de manera que se pueda arribar a una debida o normal finalización, mediante sentencia que decida de fondo sobre las pretensiones y no, mediante sentencias inhibitorias que resultan indeseables a los fines del proceso y los de la administración de justicia.

En ese sentido, la indebida acumulación de pretensiones plantea en su esencia la imposibilidad de **que el demandante quebrante principios lógicos en la formulación de sus pretensiones, de manera que persiga, por ejemplo, la afirmación de una situación y a la vez su negación, situando al juzgador en la imposibilidad fáctica, lógica y jurídica de pronunciarse respecto del fondo del asunto.** De tal gravedad debe resultar la acumulación de pretensiones, que sitúe al juzgador en el debate entre cumplir su deber constitucional de decidir de fondo los asuntos que son puestos a su consideración y el quebrantar principios bases del pensamiento racional, como el de no contradicción, identidad y tercero excluido. En ese sentido se ha sostenido, por ejemplo, que el demandante no puede pretender la

declaración de existencia de una relación laboral y a la vez su negación por existir un contrato de prestación de servicios. Intrínsecamente la norma que exige que las pretensiones no se excluyan entre sí, para poder ser planteadas en la misma demanda, refiere a una controversia de tipo lógico a la que no debe escapar la administración de justicia, lo que evidentemente se itera no sucede en este caso.

Debe insistirse en último término, en que las pretensiones en este caso ni siquiera suponen un juego de exclusión o contradicción, en el que el juez se vea imposibilitado para decidir de fondo en uno u otro sentido, determinación que no implica un juzgamiento sobre la procedencia de las mismas, **que debe realizarse en la sentencia que decida de fondo, de conformidad con las pruebas y argumentos que se presenten en el juicio y de acuerdo con la ley que permite definir este tipo de situaciones.**

Costas a cargo de la parte que recurre.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte que recurre.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES ROSSY

AUTO

Inclúyase en la liquidación de costas, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, de acuerdo con lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP



MARLENY RUEDA OLARTE



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 16-2019-00345-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARCO FIDEL SUÁREZ MARTÍNEZ

DEMANDADO: E.T.B. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE
BOGOTÁ S.A. E.S.P.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 15 de septiembre del 2021.

ANTECEDENTES

El señor MARCO FIDEL SUÁREZ MARTÍNEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de E.T.B. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. con el fin de que se le CONDENE a pagar el mayor valor entre la pensión sanción que le fue reconocida judicialmente y la pensión de vejez reconocida por el ISS hoy COLPENSIONES a partir del 04 de febrero del 2008; se ordene a la demandada que realice los reajustes de ley anualmente, junto con los intereses moratorios, la indexación de las mesadas adeudadas y las costas del proceso. (fl. 85 a 86).



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que mediante sentencia judicial del 13 de febrero del 2010 se ordenó la indexación de la primera mesada pensional y se le reconoció al actor una pensión sanción con efectividad al 04 de febrero de 1998 y en cuantía inicial de \$3'211.819; que el ISS mediante la Resolución N° 005231 del 06 de febrero del 2009 le reconoció la pensión de jubilación con efectividad del 04 de febrero del 2008 y en cuantía inicial de \$3'663.491; que el monto de la pensión sanción reconocida judicialmente para el año 2008 ascendía a la suma de \$6'300.015; que para el día en que el ISS asumió el pago de la pensión de vejez se presentaba un mayor valor entre ambas pensiones por la suma de \$2'636.524; que la pensión sanción reconocida judicialmente es compatible con la pensión de vejez reconocida por el ISS desde el 04 de febrero del 2008; que para la fecha en que el ISS comenzó a cubrir la pensión de vejez del actor el mayor valor que se presentaba entre ambas pensiones debía ser asumido por la demandada; que la E.T.B. en cumplimiento de la sentencia del 13 de diciembre del 2010 confirmada por el Tribunal el 29 de abril del 2011 sólo canceló las diferencias de las mesadas pensionales causadas entre el 04 de febrero de 1998 y el 04 de febrero del 2008; que si bien es cierto en la sentencia del 24 de septiembre de 1999 proferida por esta Corporación se adicionó la sentencia señalando que la obligación se causa hasta cuando el actor empiece a percibir la pensión de vejez, no significa que no tenga derecho a que se le cancele el mayor valor que existe entre la pensión sanción y la pensión de vejez en los términos del artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990; que se solicitó a la demandada el pago de las diferencias que aquí se reclaman, sin obtener una respuesta favorable. (fls. 86 a 88).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **E.T.B. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó que el 5, 6 y 8 no son hechos y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación,



cosa juzgada, actuación de buena fe por parte de la demandada, prescripción y genérica. (Cd fl. 103).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la pensión restringida de jubilación concedida por la demandada **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, en favor del demandante, en cumplimiento a decisión judicial, es compatible con la pensión legal de vejez otorgada por el Instituto de los Seguros Sociales, a partir del día cuatro (4) de febrero de dos mil ocho (2008).

SEGUNDO: En consecuencia con lo declarado en el numeral primero, se **CONDENA** a la demandada **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, a pagar al demandante los valores mayores causados a partir del cuatro (4) de febrero de dos mil ocho (2008), respecto de la pensión restringida de jubilación que concediera al demandante en cumplimiento de decisión judicial, y en comparación con el monto de la pensión de vejez legal otorgada por el ISS, a partir del cuatro (4) de febrero de dos mil ocho (2008), junto con sus reajustes anuales de ley y mesadas adicionales a que haya lugar, así mismo deberá pagar en forma indexada las diferencias aludidas conforme a los índices de Precios al Consumidor certificados por el DANE, conforme se mencionó en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción de las diferencias pensionales condenadas en esta sentencia y que se causaron hasta el quince (15) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por la demandada, sin embargo, se **DECLARA** que la demandada podrá hacer valer los pagos que haya realizado o realice al demandante por los conceptos condenados en esta sentencia, teniendo como causa el proceso ejecutivo que cursa entre las mismas



partes en el Juzgado Décimo (10°)

Laboral del Circuito de Bogotá, con radicado 2019-00240.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las pretensiones que no fueron acogidas en la presente parte resolutive, en especial lo que tiene que ver con la condena por intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.” (fls. 116 a 117)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que efectivamente cursaron dos procesos ordinarios entre las mismas partes en los cuales en el primero de ellos mediante sentencia del 11 de mayo de 1999 se le reconoció pensión sanción al actor bajo los parámetros de la ley 171 de 1961 a partir 04 de febrero de 1998; fallo que fue adicionado con la sentencia del 24 de septiembre de 1999 por parte del Tribunal y también se acepta por las partes que el ISS le reconoció y pagó una pensión de vejez legal al actor desde el 04 de febrero del 2008 fecha en que cumplió los 60 años de edad en cuantía inicial de \$3'663.491. También aceptan las partes que la pensión sanción a la que fue condenada la demandada se había reconocido por un monto inicial para febrero de 1998 de \$1'980.922, pero que vino un proceso judicial el ordinario 2009-00922 que cursó ante el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá donde con sentencia del 13 de diciembre del 2010 se ordenó la indexación de la primera mesada pensional en un monto de \$3'211.819. Indica que la demandada al contestar señala que no adeuda ninguna diferencia pensional al actor pues conforme a la sentencia proferida dentro del proceso adelantado ante el Juzgado Décimo Laboral del Circuito sólo fue condenado a reconocer la pensión hasta el año 2008 fecha en que el ISS le reconoció la pensión de vejez legal al actor. Sobre el tema de la compartibilidad pensional señala que el juzgado debe remitirse al artículo 8° de la Ley 171 de 1961 el cual manifestó los requisitos para acceder a una pensión sanción, en el cual se debe destacar el parágrafo, pues está plenamente demostrado que el actor prestó sus servicios en favor de la demandada desde el 11 enero de 1979 hasta el 26 de agosto de 1994; contrato que terminó por decisión unilateral del empleador. Que la CSJ señala que la pensión sanción o restringida se causa con el despido y por tanto, se dejó causada antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993. En punto de la compartibilidad dice que la normativa



vigente al momento en que se causó la pensión sanción es el Acuerdo 049 de 1990, con el cual aunado a la jurisprudencia de la CSJ se puede establecer que esas pensiones son compartibles, por lo que queda a cargo del empleador el mayor valor si lo hubiere. En cuanto a la excepción de cosa juzgada aduce que en el proceso anterior no se avizora que se haya discutido la compartibilidad pensional, por lo que no existe cosa juzgada. Finalmente, manifiesta que no se condena al pago de intereses moratorios y declara probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 15 de febrero de 2016.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **E.T.B. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** recurrió la decisión proferida en primera instancia señalando que hace uso o se refiere a todos los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y que adicionalmente fueron ampliados en los alegatos de conclusión, los cuales se refieren básicamente a la existencia de una cosa juzgada en el presente asunto dados los siguientes argumentos: en la sentencia de primera instancia se hace referencia a que el Tribunal cuando reconoce la pensión se refería al alcance de la pensión sanción y que nunca se discutió si la pensión sería compartible o no, sin embargo, si bien no menciona el nombre si hace referencia a otra figura que es clara y es que cuando señala hasta cuando tendrá vigencia la pensión de jubilación lo pone en el escenario de la incompatibilidad pensional, al señalar el Tribunal que solo podía causarse la pensión sanción hasta que la de vejez le fuera reconocida, es decir, que estaba indicando que una y otra eran incompatibles. Señala que no se refirió a la compartibilidad porque la parte demandante no lo solicitó. Que la compartibilidad y la incompatibilidad no pueden ir juntos por lo que sí hubo un pronunciamiento cuando estableció si la compañía debía seguir realizando estos pagos o no. Afirma que no se debe estudiar la compartibilidad sino si existe o no cosa juzgada, pues cuando se dijo por parte del Tribunal que la pensión perdería vigencia y no se apeló quedó definida esa situación.



CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el artículo 66A del C. P. del T. y de la S. S. la Sala resolverá los puntos de inconformidad planteados en el recurso de apelación formulado por la parte demandada.

En consecuencia y dada la sustentación se resolverá si hay lugar a declarar probada o no la excepción de cosa juzgada.

Pues bien, la figura de la cosa juzgada tiene como finalidad precaver desgastes innecesarios de la administración de justicia, al atender conflictos que ya han sido solucionados por una autoridad judicial. En ese sentido y al tener como consecuencia la terminación instantánea de los procesos, su establecimiento o verificación por los jueces de instancia debe ser rígido, en aras de no vulnerarse derechos de especial protección como los son los de los trabajadores.

Efectivamente el artículo 303 del C. G. del P. es el que consagra cuando una sentencia tiene efectos de cosa juzgada señalando *“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 ”.*

Frente a este tema, de antaño ha dicho la Corte entre otras en la sentencia SL 3386 de 2022 que *“Conviene recordar que la Corporación (CSJ SL1686-2017, CSJ SL198-2019, CSJ SL979-2019, CSJ SL4665-2021, CSJ SL2406-2022, entre otras) ha establecido que para que se configure la existencia de la institución de la cosa juzgada, de acuerdo al entonces vigente artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 303 del Código General del Proceso, debe haber identidad de: (i) personas o sujetos, esto es, que se trate de los mismos demandante y demandado; (ii) objeto o cosa pedida, es decir, del beneficio jurídico que se reclama, y (iii) causa para pedir, que se refiere al fundamento fáctico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado.”*



Entonces, para que esta institución se configure deben evidenciarse los tres elementos que la estructuran: (i) **identidad de partes**, entendiéndose no como identidad de personas, sino de partes jurídicas, que se debe dar entre quienes actuaron en el primer proceso y las que intervienen en el que se aduce cosa juzgada; (ii) **identidad de la cosa u objeto**, que se presenta cuando en el nuevo proceso se controvierte el mismo bien jurídico y; (iii) **identidad de causa**, que se da cuando coinciden los fundamentos de hecho en los varios procesos.

En el *sub lite*, se evidencia tal y como lo dice el recurrente que se han adelantado tres procesos incluyendo el que aquí nos ocupa y entre ellos se estudiara si existe o no cosa juzgada.

En cuanto a la **identidad de partes** se evidencia que, en los tres procesos, tanto en el que aquí nos ocupa, como el que se llevó ante el Juzgado 10 Laboral del Circuito bajo el radicado 2009-00922 y, el adelantado bajo el radicado 97-1800549 existe identidad de partes, pues en todos el demandante es el señor MARCO FIDEL SUÁREZ MARTÍNEZ y la demandada la E.T.B. EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

Sin embargo, contrario a lo señalado por el recurrente no se evidencia que exista **identidad de objeto**, como quiera que en los 3 procesos se discutieron pretensiones diferentes, veamos porque:

En el proceso bajo el radicado 97-1800549 conforme aparece en la sentencia proferida por esta Corporación el 24 de septiembre de 1999 las pretensiones estaban encaminadas a que se declare que el señor Suárez Martínez tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión proporcional restringida de jubilación por haber laborado al servicio de la demandada por más de 15 años y haber sido despedido sin justa causa el 26 de agosto de 1994. Como consecuencia solicitó se ordene a la demandada reintegrar la suma de \$29.698,95 valor descontado de la liquidación definitiva por concepto de pérdida de herramientas, la diferencia que resulte del avalúo real de los elementos no devueltos y la suma deducida de la liquidación de prestaciones



sociales; la reliquidación de la indemnización por despido y se condene a pagar el excedente resultante de la nueva liquidación, el reintegro de todos los descuentos efectuados con destino al sindicato de trabajadores de la ETB, la indemnización moratoria establecida en el artículo 11 de la Ley 6° de 1945 y el artículo 1° del Decreto 797 de 1949 con respecto a las sumas deducidas; a cancelar la corrección monetaria con relación al excedente de la indemnización a partir del 10 de noviembre de 1994; ordenar el reintegro de la suma de \$414.815 por concepto de retención en la fuente de lo pagado por prima de navidad, prima de vacaciones, prima de junio, etc; \$128.242,56 por el mayor valor pagado; \$206.502,67 de liquidación del 27 al último día de agosto de 1994; ordenar que la empresa demandada le reintegre la suma de \$12'728.610 correspondientes a la retención en la fuente de la suma pagada por indemnización o en subsidio el valor retenido en exceso aplicando la tabla y finalmente, las costas del proceso. (CD fl. 103)

Por su parte, en el proceso adelantado ante el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado 2009-00922 las pretensiones estuvieron encaminadas a que se reliquide la pensión sanción que le había sido otorgada indexando la primera mesada pensional y se le paguen las diferencias pensionales junto con los intereses moratorios. (CD fl. 103)

Y en el presente proceso lo que se discute es si la pensión sanción a cargo de la ETB es compartible o no con la pensión de vejez que le reconoció el entonces Seguro Social. (fls. 85 a 86)

Es necesario precisar que en los procesos que adelantó el actor con anterioridad al que aquí nos ocupa, tal y como lo dijo el fallador de primera instancia, no se estudió la compartibilidad pensional entre la pensión que le fue otorgada por la ETB y la de vejez reconocida por el entonces seguro social, que es lo que aquí se pretende, pues si bien dentro del proceso bajo el radicado 971800549 esta Corporación al conocer del recurso de apelación interpuesto y al revisarse si era procedente o no el reconocimiento de la pensión sanción, en el último párrafo señaló *“Igualmente, se adiciona la decisión de primera instancia en el sentido que, en concordancia con las normas invocadas y la jurisprudencia citada, la pensión tendrá vigencia hasta cuando el ISS le otorgue al demandante la pensión de*



vejez”; lo cierto es, que la norma citada en dicha sentencia y la jurisprudencia hacia referencia a los requisitos para acceder a una pensión sanción, pero nada se dijo frente a que esta pensión sería compatible, incompatible o compartible con la de vejez que le pudiera llegar a reconocer Colpensiones, por lo que no puede entenderse que existe cosa juzgada como lo pretende la demandada.

Tampoco puede hablarse de **identidad de causa** pues en los dos procesos anteriores los hechos se limitaron a señalar que el actor trabajo para la demandada, los extremos de dicha relación, la edad del actor y la forma de terminación, mientras que en el presente proceso los hechos están encaminados a señalar que el actor viene percibiendo una pensión sanción reconocida judicialmente, la cual fue reliquidada judicialmente y que también viene percibiendo una pensión de vejez por parte del entonces ISS hoy Colpensiones y si estas son compartibles dada la fecha de causación de cada una de ellas.

Por tanto, al no existir identidad de objeto y de causa no es posible como lo pretende el recurrente declarar probada la excepción de cosa juzgada entre los procesos anteriores y el que aquí nos ocupa, por tanto, acertó el fallador de primera instancia al conocer de fondo el presente asunto y estudiar si era procedente o no la compartibilidad pensional pretendida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 01-2020-00022-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MAURICIO GONZÁLEZ BONILLA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Protección y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 10 de diciembre del 2021.

ANTECEDENTES

El señor MAURICIO GONZÁLEZ BONILLA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia, se condene



a la AFP PROTECCION a trasladar a COLPENSIONES todos y cada uno de los aportes que el actor efectúo al RAIS; ordenar a COLPENSIONES reactivar la activación de la afiliación del actor en el RPMPD y actualizar su historia laboral, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 54 a 55).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 06 de septiembre de 1961; que comenzó su vida laboral el 09 de noviembre de 1979 en CONAUTOS LTDA; que cotizó para el ISS hasta julio de 1994; que el 29 de julio de 1994 suscribió formulario de afiliación a la AFP PORVENIR; que en septiembre de 1995 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN; que al momento de trasladarse al RAIS contaba con 488 semanas y 32 años de edad; que al momento del traslado no le suministró la información sobre el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para obtener una pensión anticipada, ni respecto a las consecuencias que implicaba su traslado; que no se le brindó la información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las implicaciones de su traslado; que a diciembre del 2016 había logrado cotizar 1556.15semanas; que solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 6 a 11).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos negó el 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15; manifestó que el 30 no era un hecho y, dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (fls. 93 a 112).



Por su parte, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en el numeral 1, 31 y 32; negó el 6 y 17; manifestó que el 30 no era un hecho y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa, inexistencia del derecho y la obligación, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en Instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones. (fls. 130 a 136).

Finalmente, **la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 4, 5, 16, 17, 18, negó el 10, 14 y 15 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó 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 declara 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 y la innominada o genérica. (fls. 142 a 152)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante señor MAURICIO GONZÁLEZ BONILLA identificado con la C.C. 79.233.334 a través del fondo administrado por la sociedad demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE



PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado del señor MAURICIO GONZÁLEZ BONILLA identificado con la C.C. 79.233.334 al régimen de Prima Media con Prestación Definida, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante señor MAURICIO GONZÁLEZ BONILLA identificado con la C.C. 79.233.334 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación del actor; sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para tal efecto.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEXTO: Sin costas para las partes en la presente instancia”

.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio jurisprudencial expuesto por la CSJ; que conforme a la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, son las AFP quienes



deben demostrar la información brindada y no el demandante. Que al demandante no se le brindó la información necesaria al momento del traslado, pues no le informaron las consecuencias adversas de su decisión.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que si lo que se pretende con la declaratoria de ineficacia del traslado es asumir que este ha sido inexistente hay dos posibilidades. La primera, asumir que la afiliación al RAIS no existió por lo que la consecuencia se debe aplicar a los rendimientos y a lo cobrado por gastos de administración. Indica que debe cobrarse la inexistencia a los rendimientos y a los cobros, pues resulta contrario a la lógica jurídica que se declare ineficaz el acto principal que en este caso es la afiliación y seguir con lo accesorio. Entonces habría lugar a trasladar las cotizaciones sin descuento alguno pero conservando entonces por protección los rendimientos. En segundo lugar, asumir que los rendimientos se pudieron generar en los mismos términos en el RPMPD, pero sería necesario entender que en ese régimen se descontó también lo relacionado con el seguro previsional y los gastos de administración, por lo que sería procedente trasladar lo correspondiente al capital más los rendimientos, pero sin remitir las sumas descontadas a título de gastos de administración.

Finalmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.** interpuso recurso de apelación argumentando que dentro del proceso se debe traer a colación el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que indica que la afiliación de régimen es libre y voluntaria. Que no puede trasladarse cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad para pensionarse. Que en el RPMPD van a un fondo común. Que debía demostrar que tenía una expectativa legítima. Que no logró probar la existencia de un vicio del consentimiento. Que la AFP privada si brindó la información correspondiente.



CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Mauricio González Bonilla, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 1994 (fl. 118) y posteriormente a la AFP PROTECCION en el año 1996 (fl. 154) entidad ésta última en la cual se encuentra afiliado actualmente.

En este orden, si bien se petitionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le



endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Mauricio González Bonilla, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.



En ese orden, concluyó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado del demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber



del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1994, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informó el asesor de la AFP Porvenir al momento del traslado fue que el ISS se iba acabar y que se podía pensionar a partir de los 54 años de edad.

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, y no el demandante como lo pretende



Colpensiones, por tanto como la AFP PORVENIR no probó haber brindado la información requerida el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, como lo pretende COLPENSIONES, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él.

Siendo necesario precisar que la Corte fue clara en la sentencia CSJ SL1452-2019 al manifestar que ni la ley ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone



confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP PROTECCIÓN S.A. en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,** pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención.

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración por parte de la AFP PORVENIR sino únicamente de la AFP PROTECCIÓN, los que deben ser objeto de dicho traslado. Por lo señalado en precedencia, se **adicionará** el numeral TERCERO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de



los mismos tanto por la AFP PROTECCION como por la AFP PORVENIR, por cuanto la de primer grado sólo ordenó la devolución de los gastos de administración por parte de la AFP PROTECCION.

Tampoco resulta procedente no autorizar el traslado de los rendimientos que generaron los aportes del demandante durante su afiliación al RAIS, como quiera que por virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que la AFP PORVENIR debe trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, durante la vigencia de la afiliación del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.



SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 08-2021-00054-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ROQUE JOSÉ FADUL MEYER
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 04 de noviembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y la AFP PROVENIR.

ANTECEDENTES

El señor ROQUE JOSÉ FADUL MEYER por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado del traslado al RAIS a través de la AFP PORVENIR. Como consecuencia, solicita se autorice la salida del actor del RAIS y su



retorno a COLPENSIONES y se retornen a COLPENSIONES todos los montos aportados a la cuenta de ahorro individual del actor tales como cotizaciones, aportes voluntarios, bonos pensionales con sus respectivos rendimientos, sin efectuar ningún descuento, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 5 a 6 archivo “02. Demanda y anexos 2020 00054”).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 26 de marzo de 1961; que estuvo afiliado en el RPMPD administrado por el entonces ISS hoy Colpensiones desde el 16 de agosto de 1988 hasta el 31 de julio del 2001; que el 01 de agosto del 2001 se trasladó al RAIS a la AFP PROVENIR; que al momento del traslado no le brindaron información suficiente sobre el traslado entre regímenes y los efectos benéficos o adversos del mismo; que no existe prueba documental que demuestre clara y suficiente que se le haya informado sobre las consecuencias del traslado; que no existió un consentimiento informado al momento del traslado; que la AFP PORVENIR incumplió con sus obligaciones legales; que solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 2 a 5 archivo “02. Demanda y anexos 2020 00054”).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 11 y 12, negó el 17 y 18 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (fls. 1 a 10 archivo “09Anexo1ContestacionColpensiones054”).

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle el 1, 2, 11, 12 y 17 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena



fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (fls. 1 a 48 archivo “12AnexoContestacionPorvenir054”).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO del señor ROQUE JOSE FADUL MEYER realizado del Régimen de Prima Media al RAIS acaecido el 25 de agosto de 1994, mediante la afiliación a PORVENIR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado del régimen pensional del señor ROQUE JOSE FADUL MEYER.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del señor ROQUE JOSE FADUL MEYER tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR, que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

QUINTO: Sin condena en costas en esta instancia ante su no causación.

SEXTO: En caso de no ser apelada, y como quiera que fue adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, ENVIAR el presente asunto al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta..” (archivo “Acta Audiencia 04 11 2021 2021 00054”)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la carga probatoria está en cabeza de la AFP; que no es suficiente con la firma del formulario de afiliación; que no existe prueba de que la AFP PORVENIR le haya brindado la información necesaria al momento del traslado por lo que procede la ineficacia.



RECURSOS DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR S.A.**, recurrió señalando que no están de acuerdo con lo manifestado por el Despacho frente a la falta de información, pues como se acreditó en el plenario con la única prueba que se requería como era el formulario de afiliación se puede evidenciar que se le brindó la información; que conocía las condiciones al momento del traslado. Señala que no se puede brindar una prueba diferente al formulario de afiliación. Que con el formulario se entiende que recibió la información. Que el traslado no estuvo viciado. Que nunca actuó de mala fe. Que no se puede ordenar la devolución de los gastos de administración indexados.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Roque José Fadul Meyer, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 1994. (fl. 85 archivo “12AnexoContestacionPorvenir054”).

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.



Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad el demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Roque José Fadul Meyer, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.



Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.



(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado del demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor. No pudiendo de ninguna manera entender ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año 1994, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.



Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que no le brindaron ninguna asesoría al momento del traslado.

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP PORVENIR con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP PORVENIR S.A en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos de manera indexada, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del



10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,** pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)*

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, como lo señala Colpensiones en su recurso, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Por último, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las



reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 07-2018-00381-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: DIANA LEONOR GALOFRE CARRASCO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. DIANA MARÍA VARGAS JÉREZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.090.449.043 y tarjeta profesional No. 289.559 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas SKANDIA y COLPENSIONES y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la



Corporación el fallo proferido por el Juzgado Séptimo Laboral el Circuito de esta Ciudad, el 17 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, la AFP PORVENIR y COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora DIANA LEONOR GALOFRE CARRASCO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del contrato que celebró con la AFP PROVENIR el 01 de marzo del 2014 por el cumplimiento de la AFP de entregar la información oportuna y completa que le permitiera tomar una decisión adecuada al momento de su traslado. Como consecuencia, solicita se condene a la AFP PORVENIR que traslade la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas entregadas por la accionante; que cancele la diferencia económica que surja para asegurar la financiación de la pensión, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 6 a 7 archivo 01CuadernoPrincipal).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que a la presentación de la demanda contaba con 56 años de edad; que estuvo afiliada al RPMPD desde el año 1985 al año 2000; que en el año 2000 se trasladó al RAIS; que al momento del traslado no fue informada de manera suficiente sobre las consecuencias de su traslado; que hace 17 años está realizando sus aportes a la AFP PORVENIR; que al momento en que cumplió 46 años de edad no fue informada sobre las alternativas que podía tener si se mantenía en el RAIS o si se regresaba al



RPMPD; que no se le informó que le era más favorable quedarse en el RPMPD. (fls. 5 a 6 archivo 01CuadernoPrincipal).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 2 y 3; negó el 1 y, dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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 y la genérica. (fls. 80 a 99 archivo 01CuadernoPrincipal).

Por su parte, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1 y 7; manifestó no constarle el 2 y 4 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, validez del traslado al RAIS efectuado por el demandante, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica. (fls. 130 a 144 archivo 01CuadernoPrincipal).

De otro lado, **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1; negó el 11; dijo que el 12 no era un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica. (fls. 181 a 191 archivo 01CuadernoPrincipal).

Finalmente, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, manifestó que se allana a las pretensiones de la demanda, por lo que el fallador de primera instancia mediante auto del 06 de abril del 2021 tuvo por no contestada la demanda por parte de esta entidad. (archivo 05AllanamientoColfondos).



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“1. Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: La señora DIANA LEONOR GALOFRE CARRASCO con la AFP COLFONDOS SA el 21 DE ENERO DE 1998 contenida en formulario 257891 visible a pdf 31 obrante en el expediente digital. Se declara ineficaz la vinculación de la demandante a PORVENIR el 26 de enero de 2000 contenida en el formulario 6077372 visible a folio 145 del cuaderno principal. Se declara ineficaz la vinculación de la demandante a OLD MUTUAL EL 16 DE ABRIL DE 2009 contenida en el formulario 506001 visible a folio 197. Se declara ineficaz la vinculación a PORVENIR el 29 DE ABRIL DE 2014 contenida en el formulario (sin número) visible a folio 146.

2. ORDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora DIANA LEONOR GALOFRE CARRASCO 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.

3.ORDENAR A POVENIR SA, COLFONDOS Y OLD MUTUTAL a incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados.

4.ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante desde su afiliación inicial al ISS.

5.Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR SA, COLFONDOS SA Y OLD MUTUAL SA.

6.Se condena en costas a los fondos demandados PORVENIR, COLFONDOS Y OLD MUTUAL y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos. No hay lugar a condena en costas contra COLPENSIONES.

7.REMITASE EN CONSULTA”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no se aportó ninguna prueba de que la demandante haya recibido la información necesaria al momento del traslado, ni de las capacidades y conocimientos que tenían los asesores que realizaron la afiliación. Indica que



no puede hablarse de actos de relacionamiento, pues si bien hubo más afiliaciones, no existe ninguna prueba de que le hayan brindado al momento de los traslados alguna asesoría a la demandante. Que este tema debe abordarse desde la ineficacia y no desde la nulidad. Que se debe declarar que es imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que no se pueden aplicar de manera indiscriminada las sentencias de la CSJ para todos los casos, sino que debe analizarse si la falta de información genera un resultado adverso. Que al declararse la ineficacia se pone en riesgo el sistema pensional y el futuro del pago de pensiones de las personas que siempre han cotizado al ISS. Que se debe tener en cuenta la sentencia del Tribunal del Dr. Correa en donde se manifiesta que el afiliado no está exonerado de su obligación de ilustrarse sobre el cambio de régimen pensional, pues no está disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos. Que el demandante tuvo 4 años para rescindir el acto del traslado y como no lo hizo se encuentra saneada cualquier nulidad. Que con los traslados horizontales que realizó se dan actos de relacionamiento. Que con la decisión de primera instancia se vio afectada la sostenibilidad financiera del sistema.

Por su parte, la **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que los gastos de administración están autorizados por la Ley. Indica que si bien el fallador de primera instancia tiene facultades ultra y extra petita sólo las utilizó en la sentencia, sin que aparezca ni en los hechos, ni en las pretensiones la devolución de gastos de administración, por lo que se quebranta el derecho de defensa y contradicción. Que los hechos que aquí se debaten no son iguales a los de las sentencias que ordenaron la devolución de los gastos de administración. Que los Jueces sólo están sometidos al imperio de la Ley, la equidad y la jurisprudencia en sus providencias. Que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece el porcentaje



para financiar gastos de administración lo cual esta regulado en la Ley. Que la Superintendencia Financiera en concepto del 2020 señala que en estos casos procede la devolución d lo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual únicamente. Que al declararse la ineficacia resulta incongruente que se regrese al estado anterior como si nunca hubiese salido del RPMPD y si se deban ordenar los rendimientos y los valores descontados por gastos de administración, sin tener en cuenta que sí hubo una afiliación. Que se está presumiendo la mala fe, pues no se discutió si la hubo, ni se declaró. Que el fallador de primera instancia ordena la devolución de los gastos de administración de manera indexada, lo que genera una doble sanción, pues ya se están devolviendo los rendimientos. Que no se puede entender que la devolución de gastos de administración es imprescriptible.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Diana Leonor Galofre Carrasco, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLFONDOS, en el año 1998 (archivo 36RtaRequerimientoDte) y posteriormente a la AFP PORVENIR en el año 2000 (fl. 145 archivo 01CuadernoPrincipal), a la AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS en el año 2009 (fl. 197 archivo 01CuadernoPrincipal) y nuevamente a la AFP PORVENIR en el año 2014 (fl. 147 archivo 01CuadernoPrincipal), entidad ésta última en la que se encuentra actualmente afiliada la actora.

En este orden, si bien se petitionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló



que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Diana Leonor Galofre Carrasco, se le hubiera brindado alguna información o



comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada COLFONDOS S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el



usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por COLFONDOS S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1998, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del



deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante, como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que no se le brindó ninguna información o asesoría por parte de la AFP COLFONDOS al momento del traslado.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, y no la demandante, por tanto como la AFP COLFONDOS no probó haber brindado la información requerida el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, como lo pretende COLPENSIONES, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado y no con posterioridad a él.



Procede señalar que contrario a lo manifestado por la recurrente COLPENSIONES, los traslados horizontales que efectuara el actor dentro del RAIS, de ninguna manera se pueden tener como ratificación de su voluntad de permanecer en dicho régimen, ya que tal acto de afiliación desde su nacimiento se predica ineficaz, al no haber estado precedido de la información suficiente para el efecto.

En cuanto a las sentencias de la sala de casación laboral de la CSJ en su Sala de descongestión N° 4 en la sentencias SL 2440-2021, SL 1061-2021, SL 3752-2020 y SL 4934-2020 entre otras, en las cuales se habla de actos de relacionamiento entre los que se refiere a los traslados horizontales dentro del RAIS, esta Sala de Decisión no acoge su criterio como quiera que la sala de descongestión no puede hacer cambios en la jurisprudencia de la CSJ. Además porque dichas sentencias han venido siendo revocadas por la Corte Suprema de Justicia al ser objeto de acciones de tutela entre otras en la STP 15228-2021 en la que se señaló de manera clara que se amparaba el derecho fundamental del accionante como quiera que la Sala de Descongestión con su decisión estaba desconociendo el precedente jurisprudencial de la CSJ y ordenó a la Sala de Descongestión resolver nuevamente el recurso de casación, pues la postura que mantiene actualmente la CSJ es la sentada de manera reiterada entre otras en la sentencia SL3199-2021 en la que señaló que con los traslados horizontales no se ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, ni convalida la omisión en el deber de suministrar información suficiente, veraz y oportuna al momento del traslado inicial.

Siendo necesario precisar que la Corte fue clara en la sentencia CSJ SL1452-2019 al manifestar que ni la ley ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información, ni tampoco que se deba probar un resultado adverso como lo pretende Colpensiones.



Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP SKANDIA S.A. en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos de manera indexada, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RMPMD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el estudio de la devolución de los gastos de administración no lo realiza el fallador de primera instancia en uso de sus facultades ultra y extra petita, pues es la consecuencia de la ineficacia del traslado que se declara, por lo que no le asiste razón a la apoderada de Skandia.

Adicionalmente, el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera que invoca Skandia en su apelación, no



resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprocha la AFP en mención. Así como tampoco puede acogerse la sentencia del Tribunal del Dr. Correa por no ajustarse al precedente jurisprudencial de la CSJ.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso, según el cual de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Por último, en cuanto a la excepción de prescripción, se tiene que la acción impetrada, no es de naturaleza civil, sino laboral, por ende este fenómeno en asuntos laborales y de seguridad social, encuentra al respecto norma expresa contenida en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS; no obstante lo anterior, bien sabido es que la acción adelantada al involucrar derechos pensionales, se torna imprescriptible, pudiendo impetrar la acción a efectos de lograr la declaratoria de ineficacia de su traslado en cualquier tiempo, pues esta posibilidad, no se extingue por el paso del tiempo como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia SL4559 del 23 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.



Tampoco resulta procedente no autorizar el traslado de los rendimientos que generaron los aportes de la demandante durante su afiliación al RAIS, como quiera que por virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 07-2020-00486-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: SANDRA AVILA BARRERA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. DIANA MARÍA VARGAS JÉREZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.090.449.043 y tarjeta profesional No. 289.559 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES y del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 07 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de septiembre de 2021.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, COLPENSIONES, AFP PORVENIR y UGPP.

ANTECEDENTES

La señora SANDRA AVILA BARRERA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado del traslado al RAIS a través de la AFP PORVENIR. Como consecuencia, solicita se CONDENE a la AFP PORVENIR y COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes por cotizaciones, rendimientos, intereses de su cuenta de ahorro individual, valor del bono pensional y monto de la indexación y de las sumas descontadas por gastos de administración debidamente indexados; se ordene a COLPENSIONES que autorice el regreso automático de la accionante como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 2 a 3 archivo “02. ESCRITO DEMANDA NUL TRASLD 04-12-2020”).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 03 de noviembre de 1963; que se encontraba afiliada al RPMPD; que el 23 de febrero de 1998 el asesor comercial de la AFP PORVENIR se acercó a la accionante y procedió a darle una charla superficial de los fondos privados como administradores del RAIS; que ese mismo día firmó el formulario de afiliación para trasladarse al RAIS a la AFP PORVENIR; que el 31 de julio del 2002 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR; que el 20 de diciembre del 2006 se trasladó a la AFP PROTECCION; que las obligaciones de Cajanal las asumió la UGPP; que presentó solicitudes para regresar a COLPENSIONES sin obtener una



respuesta favorable. (fls. 3 a 4 archivo “02. ESCRITO DEMANDA NUL TRASLD 04-12-2020”).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1 y 4; negó el 3, 5 y 10; dijo ser parcialmente cierto el 9 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito 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. (fls. 1 a 21 archivo “06.Contestación Porvenir”).

Por su parte, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL UGPP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 7 y 8; negó el 9 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y prescripción de las mesadas. (fls. 1 a 8 archivo “07. Contestación UGPP”).

De otro lado, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 7 y 8 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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. 2 a 37 archivo “11. Contestación Porvenir”).



Finalmente, la **ADMISNISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 6, 7 y 8; negó el 10 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, prescripción, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica. (fls. 1 a 25 archivo “13. ContestaciónProtección”).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por:

- La señora SANDRA AVILA BARRERA con la AFP PORVENIR el 23 de febrero de 1998 en formulario No. 1005014
- La señora SANDRA AVILA BARRERA con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 31 de julio de 2002 en formulario No. 1632066
- La señora SANDRA AVILA BARRERA con la AFP PROTECCIÓN el 20 de diciembre de 2016 en formulario No. 151167989.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCION S.A, a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora SANDRA AVILA BARRERA 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: Igualmente, PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A, debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida del demandante desde su afiliación inicial a CAJANAL.

QUINTO: Se declaran probadas las excepciones propuestas por la UGPP FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A,



SEXTO: Se condena en costas serán a cargo de PORVENIR, las agencias en derecho son a favor a la señora DEMANDANTE, se exonera del pago de costas a COLPENSIONES Y PROTECCIÓN, igualmente la DEMANDANTE se condena en costas procesales a favor de la UGPP y las agencias en derecho se tasan en \$600.000.

SEPTIMO: ORDENAR la consulta, a favor de COLPENSIONES, como entidad garantizada por la Nación y a fin el superior revise la legalidad de la actuación.” (archivo “26.Acta Audiencia Art. 80 2020-486”)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que no se aportó ninguna prueba de que la demandante haya recibido la información necesaria al momento del traslado, ni de las capacidades y conocimientos que tenían los asesores que realizaron la afiliación. Indica que no puede hablarse de actos de relacionamiento, pues si bien hubo más afiliaciones, no existe ninguna prueba de que le hayan brindado al momento de los traslados alguna asesoría a la demandante. Que este tema debe abordarse desde la ineficacia y no desde la nulidad. Que la AFP que realizó el traslado está en mejor posición de probar que brindó la información, lo cual no hizo. Que se debe declarar que es imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES recurrió señalando que no existe ninguna prueba que permita inferir que existe un vicio del consentimiento consagra en el artículo 1740 del Código Civil, esto es, el error, la fuerza o el dolo. Indica que nos encontramos frente a un error en un punto de derecho el cual no tiene la capacidad para repercutir sobre la ineficacia jurídica y el acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado, por no tratarse de un error que afecta la validez del acto o lo condena a su anulación. Señala que respecto a la indebida interpretación que se ha hecho del artículo 1604 dentro de los fallos relacionados con ineficacias del traslado la Corte hace la responsabilidad solamente en cabeza de los fondos convirtiéndola en objetiva, toda vez que no le exige al demandante aportar prueba alguna de la existencia de algún vicio fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS pero si obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo privado, lo cual quiebra la dinámica de las cargas probatorias en este tipo de procesos



toda vez que la responsabilidad es objetiva y exige la esfera del control exclusivamente frente a los fondos privados. Que se debe resaltar el Decreto 2241 del 2010 en el cual existen obligaciones recíprocas por parte de los demandantes, por ejemplo, en el artículo 4° están los deberes entre los cuales esta informarse adecuadamente del sistema general de pensiones y el segundo aprovechar los mecanismos de comunicación y divulgación dados para conocer el funcionamiento del sistema pensional. Que en sentencia del Tribunal con ponencia del Dr. Correa se ratifica y coloca la provisión legal en este tipo de procesos, señalando que no es viable que los demandantes pretendan una ineficacia cuando se dan cuenta que la pensión que van a recibir no está acorde a sus aspiraciones económicas. Indica que se debe tener en cuenta que con esta decisión se está descapitalizando el sistema.

Por su parte, la **AFP PORVENIR** interpone recurso de apelación argumentando que el deber de información que le asistía a dicha entidad respecto de los actos de afiliación que fueron realizados por parte de la demandante en dos ocasiones esto es 1998 y 2002 cumplieron con el deber de información conforme a la normatividad legal que se encontraba vigente en esa época. Que en el caso de la demandante se le brindó una información veraz y suficiente. Que el fallador de primera instancia pasa por alto que la normatividad que se debe revisar es la que estaba vigente al momento del traslado, pues la que se expidieron con posterioridad no tiene efectos retroactivos. Señala que en caso de confirmarse la sentencia, solicita se revise lo relacionado con los gastos de administración que debe ordenar a COLPENSIONES, como quiera que dichas sumas no deberían ser devueltas al RPMPD bajo el entendido que fueron descontadas conforme lo autorizó la Ley 100 de 1993 en su art. 20, y las cuales fueron utilizadas para generar unos rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante y es claro que Colpensiones en ningún momento tuvo la administración de los recursos de la demandante desde el año 1998 hasta el año 2016; fecha en la cual la demandante se trasladó a otro fondo de pensiones; por lo que está devolución implicaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Indica que se debió declarar probada la excepción de prescripción, pues no está en discusión el derecho pensional de la demandante. Que no se le debió condenar en costas en 2 SMMLV.



CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Sandra Ávila Barrera, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 1998 (fl. 42 archivo “06. Contestación Porvenir”) y, posteriormente a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR el 31 de julio del 2002 (fl. 63 archivo “02. ESCRITO DEMANDA NUL TRASLD 04-12-2020”) y a la AFP PROTECCIÓN el 20 de diciembre del 2016 (fl. 64 archivo “02. ESCRITO DEMANDA NUL TRASLD 04-12-2020”); está última entidad es en la que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de



su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad el demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora SANDRA Ávila Barrera, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:



“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto



es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora. No pudiendo de ninguna manera entender ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 1998, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le manifestó el asesor de la AFP PORVENIR es que podía pensionarse a cualquier edad y con una pensión mejor.



Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP PORVENIR con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, contrario a lo señalado por Colpensiones, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa



toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP PORVENIR S.A en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.**” (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que la sentencia del Tribunal del Dr. Correa que refiere Colpensiones en su apelación, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprocha la AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP Porvenir S.A.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso, según el cual de



accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto. Por último, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionaré** la sentencia recurrida en este aspecto.

En cuanto al argumento de la AFP PORVENIR respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma, como quiera que fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP. Ahora, si lo que pretende es discutir el monto de las costas este no es el momento procesal oportuno para ello.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE:



PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 08-2019-161-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUIS ENRIQUE ORTIZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los Treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 24 de noviembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la parte demandante y las de la demandada Protección S.A., esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor LUIS ENRIQUE ORTIZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que su derecho pensional debe ser reconocido y liquidado con el verdadero último salario por él devengado con la sociedad Croydon S.A., en liquidación, esto es, con \$110.000, valor que debe indexarse a la fecha de pago. (fl. 7).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que desde la data en que alcanzó los 62 años de edad, esto es, 2017, se encuentra gestionando reconocimiento pensional, que se presenta incongruencia en cuanto al valor del salario que devengaba para 1988, ya que Protección S.A., reportó para dicha data un salario de \$89.070, cuando en realidad percibía para dicha data \$110.000, que por dicho error, el bono pensional a que tenía derecho, quedó mal liquidado, que en diferentes documentales allegadas y expedidas por su empleador Croydon S.A., se certifica que el salario que devengaba para dicha data era de \$110.000.

Afirma que Protección S.A., al resolver sobre solicitud de reconocimiento pensional, le indicó que recibiría una mesada pensional en cuantía de \$773.244, informándole que la misma había sido calculada con un salario de \$89.070 y no \$110.000 como correspondía, que ha presentado diversas solicitudes ante esa AFP para la corrección de su IBC, a lo que esta le manifestó que debe exigir ante Croydon efectuar el reporte salarial correcto, que igualmente Colpensiones le exigió copia de reporte de novedades con sello de recibido.

Que para el recaudo de dicha documental, ha solicitado ante Fiduoccidente actual administrador de Croydon en liquidación el suministro de la misma, no obstante ello, le respondieron que no lo habían encontrado en las cajas de archivos físicos, que el 14 de agosto de 2003, Pensiones y Cesantías Santander emite historia laboral para iniciar proceso de bono pensional, donde se refleja que el último salario devengado fue de \$111.000, que para el año 2004, esa administradora le informó sobre la culminación de dicho trámite, habiendo sido emitido bono pensional por valor de \$75.109.000. (fls. 3 a 6)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno de ellos; propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe. (fl.130).

Fiduciaria de Occidente S.A., indicó que no era la llamada a atender las pretensiones de demanda, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 3, 8, 9 y 12 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó las pretensiones no se dirigen en contra de la Fiduciaria de Occidente, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de título y causa e inexistencia de las obligaciones reclamadas a cargo de esa fiduciaria. (fl. 147)

PROTECCIÓN S.A., no se opuso ni se allanó a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 5 y 15, negó los No. 1, 4, 6, 7, 11, 13 y 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones de mérito las que denominó reconocimiento de la prestación de pensión de vejez desde enero de 2017, buena fe y prescripción. (fl. 184)

El Ministerio de hacienda y Crédito Público, aceptó los hechos contenidos en numerales 4 a 6 y 13 a 16 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, incongruencia de las pretensiones en contra de la Nación y el ISS, al procurar que estas asuman responsabilidades de una empresa privada. (fl. 231)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a las demandadas Colpensiones, Protección y Fiduoccidente, así como a la vinculada Ministerio de Hacienda y Crédito Público de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, declarando probadas las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, inexistencia de las obligaciones reclamadas a cargo de Fiduoccidente S.A., e inexistencia de la obligación de la OBP. (fl.257).

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez:

En el presente caso no existe motivo de duda respecto a que el demandante se encuentra pensionado por vejez en el régimen de ahorro individual desde el 27 de enero de 2016, siendo el valor de la mesada inicial reconocida de \$773.244, conforme se señala en la comunicación enviada por PROTECCIÓN a actor el 17 de mayo de 2017, obrante a folio 206, bajo la modalidad de retiro programado.

Ahora bien, la pretensión inicial del demandante se encuentra dirigida a que se declare que el último salario que devengó como empleador de la empresa CROYDON S.A. ascendió a \$110.000, pedimento que constituye la base fundamental de la reliquidación pensional solicitada, acotándose, en el sub examine no se discute la existencia de una relación laboral suscitada entre la sociedad liquidada CROYDON

S.A., en condición de empleadora, y el señor LUIS ENRIQUE ORTIZ REYES en condición de trabajador.

Siendo así, señaló el actor dentro del hecho contenido en el numeral 2º, que la demandada PROTECCIÓN reportó la suma de \$89.070 como sueldo remunerado a diciembre de 1988 en la empresa CROYDON S.A., siendo que el valor real percibido lo fue en la suma de \$110.000, supuesto fáctico negado por las encartadas, esencialmente porque a ninguna de ellas le consta la remuneración salarial del actor en vigencia de la relación laboral que sostuvo con esa sociedad, manifestando la defensa que el proceso liquidatorio de dicha sociedad culminó en diciembre de 2005 y que el salario reflejado en la historia laboral del demandante corresponde al registrado en la base de datos de COLPENSIONES.

Para zanjar sobre lo anterior, se impone necesario descender al análisis del acervo probatorio vertido en autos, y al respecto, se encuentran:

A folios 13, 17 y 18, tres certificaciones expedidas por el Gerente de Personal de CROYDON S.A., los días 18 de noviembre, 09 de diciembre y 30 de diciembre de 1988, documentos en los cuales se consignó una asignación mensual de \$110.000.

A folio 14, misiva fechada el 22 de agosto de 1988, mediante la cual el Vicepresidente Ejecutivo de CROYDON comunica al actor el aumento de su sueldo a la suma de \$110.000 a partir del 01 de agosto de 1988.

A folio 15, modificación de la cláusula segunda del contrato de trabajo de fecha 06 de agosto de 1988, sobre el aumento salarial a \$110.000.

A folio 16, memorándum movimiento de personal a cerca del cambio de salario del demandante.

A folio 19, formato de reclamación de bono pensional del Fondo de Pensiones y Cesantías Santander radicado por el actor el 14 de agosto de 2003.

A folio 20, liquidación de contrato de trabajo.

A folios 23, 63 y 65, reportes de semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES.

A folios 24 a 28, resumen de historia laboral emitida el 26 de agosto de 2013 por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

A folio 29, carta dirigida al demandante, de fecha 16 de enero de 2004, suscrita por FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER, relativa a la emisión de bono pensional por valor de \$75.109.000

A folio 30, certificado de ingresos y retenciones del año 1989.

De la misma manera, a folio 144 obra en medio magnético el expediente administrativo del actor, aportado por la demandada COLPENSIONES, del cual se destaca el resumen de semanas cotizadas por empleador actualizado al 31 de octubre de 2019.

A folios 197 a 198, reposan formato de aprobación de historia laboral, otras AFP's y/o Régimen de Prima Media firmado por el actor el 26 de enero de 2017, en el que manifestó no aprobar la historia laboral del Régimen de Prima Media ni el salario base con el que se liquidó el bono pensional.

A folios 204 a 205, resultado de análisis y liquidación de la pensión de vejez, realizado por PROTECCIÓN.

A folios 211 a 217, milita la historia laboral del demandante emitida por PROTECCIÓN el 09 de marzo de 2020.

Por último, a folios 244 vto. a 245, obra historia laboral para bono expedida por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES el 17 de febrero de 2021.

De las precitadas pruebas, en primer lugar es claro que en favor del señor LUIS ORTIZ se emitió el pago de un bono pensional Tipo A – Modalidad 2 por valor de \$48.397.435, en razón a las cotizaciones a pensiones que se realizaron al régimen de prima media, bono que fue redimido el 15 de enero de 2017 en la suma de \$156.596.000.

En ese sentido, se impone necesario recordarse, los Bonos Pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación de un capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados del Sistema General de Pensiones tanto en Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual; el tipo A es el que se emite para las personas que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y cuya modalidad 2 se expide en favor de trabajadores cuya primera vinculación laboral se inició antes del 1° de julio de 1992, como ocurre en el presente caso, en tanto tal como se constata con las pruebas recaudadas, el pensionado inició su vida laboral el 10 de mayo de 1976, y se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al RAIS en el mes de mayo de 2001.

Ahora bien, el Bono Pensional se liquida de acuerdo a los aportes realizados por los afiliados, en este caso, al entonces Instituto de Seguros Sociales, conforme a la información que dicha entidad remita al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a través de un archivo laboral masivo, acotándose que de acuerdo al art. 28 del Decreto 1748 de 1995, el salario base para trabajadores que cotizaban al ISS al 30 de junio de 1992, correspondía al último salario mensual devengado y reportado al ISS con anterioridad a esa fecha. Se supondrá siempre que dicho salario es el mismo sobre el que cotizaban a dicha data, salvo que el trabajador aporte prueba en contrario, prueba que estará constituida por una constancia del ISS. Si el ISS informa que no obra constancia sobre el salario devengado y reportado, el empleador expedirá una en tal sentido.

Dicho lo anterior, se advierte, si bien en las historias laborales emitidas por la OBP, militantes a folios 24 a 28 y 244 a 245, se consignó un cambio de salario de \$111.000 para el periodo comprendido entre el 01 al 30 de diciembre de 1988, por parte del empleador CROYDON S.A., lo cierto es que dichas anotaciones cuentan con las observaciones Nos. 3019 y 3073, que corresponden a: “INCONSISTENCIA: MASIVO ISS. VALOR DEL CAMPO DE DEPURACIÓN ES 1 Y TIPO APORTANTE DIFERENTE DE 15 – TRABAJADORES INDEPENDIENTES. SOLUCIÓN: LA AFP DEBE REPORTAR LA INCONSISTENCIA AL ISS” y “OBSERVACIÓN: LABORAL CRUZADA POR SALARIO NO VÁLIDO”, razón por la cual el salario base sobre el cual el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO liquidó el bono en mención, correspondió al último salario válido reportado antes del 30 de junio de 1992, esto es, la suma de \$89.070, verificándose que tal suma de dinero corresponde a la consignada en los diferentes reportes de semanas cotizadas aportados por COLPENSIONES, constatándose que la última novedad de cambio de salario reportada por CROYDON S.A. correspondió a la registrada el 01 de julio de 1987 por la suma de \$89.070, siendo este el último salario percibido al retiro.

Sobre el particular debe aclararse, en el reporte de semanas tradicionales emitido por COLPENSIONES, se relacionan novedades no correlacionadas dentro de las cuales se observan las registradas los días 01 y 30 de diciembre de 1988, por el aportante con numero patronal 01002406795 a nombre LUIS E ORTIZ REYES, con un salario de \$111.000, sin que sea posible determinar la certeza de dicha información, pues lo cierto es que en el caso de marras, ninguna de las documentales allegadas al diligenciamiento tiene la fuerza probatoria que demuestre que el salario base de liquidación del bono pensional a favor del actor debió ser superior al tenido en cuenta en su momento por la OBP, agregándose que aun cuando las certificaciones laborales y demás legajos aportados por el actor a folios 13 a 20 no fueron tachados de falsos, a juicio del Despacho, y bajo la sana crítica y libre apreciación de la prueba, por sí solos no demuestran que en la realidad el señor LUIS ENRIQUE ORTIZ hubiere devengado como último salario la suma de dinero allí certificada, máxime si en cuenta se tiene, que la entidad que en este asunto representa al empleador, FIDUOCIDENTE S.A., al margen de la liquidación de la sociedad CROYDON S.A., manifestó desde su contestación no constarle la incongruencia alegada por el actor frente al valor de su último sueldo.

Ahora, si en gracia de la discusión se consintiera la omisión patronal en que eventualmente pudo incurrir CROYDON S.A. al no haber informado al ISS el salario

real del ex trabajador, la conclusión sería la misma, en tanto como se dijo, en este asunto no quedó suficientemente expuesto, que el salario base de liquidación del bono pensional redimido a favor del señor LUIS ORTIZ fuese inferior a la remuneración percibida por aquel con anterioridad a junio de 1992.

Corolario, al no acreditarse los supuestos para declarar que el salario devengado por el demandante en el mes de diciembre de 1988 como empleado de la empresa CROYDON S.A. ascendiera a \$110.000, o tan siquiera, a alguna suma superior al reportado por COLPENSIONES, quedan sin piso las aspiraciones del actor, por lo que, no queda otra opción que absolver a las demandadas de todos los pedimentos incoados en su contra, como quiera que la reliquidación pensional y las demás condenas rogadas en el libelo introductorio, se cimentaban en dicha declaración.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** recurrió señalando que con el caudal probatorio que se arrimó el proceso se determinaba claramente que el último salario del demandante para diciembre de 1998 había sido de \$110.000, que tales pruebas habían sido suscritas en su mayoría por el representante legal de Croydon, dando una constancia del salario, contenido que era claro y al que no se le había dado ningún valor probatorio.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado, se tiene que el recurrente señala encontrarse suficiente demostrado que el actor para el año de diciembre de 1998, devengaba un salario de \$110.000; al respecto y como bien lo aduce esta parte también en alegaciones, allegó suficiente caudal probatorio que contrario a lo manifestado por la Juez de instancia, permite concluir que la afirmación de la parte actora en este sentido quedó probada.

Lo anterior de conformidad con la documental visible a folio 13 a 20 del plenario, contentiva de certificaciones laborales expedidas por la liquidada empleadora del actor, Croydon S.A., que da cuenta que para diciembre de 1988, data en que finalizó la relación laboral, el señor Luis Ortiz, devengaba como asignación mensual, la suma de \$110.000, valor que le fuera reconocido desde agosto de 1988, como lo señala la documental obrante a folio 14 del plenario, en el que la sociedad en mención le hace saber de aumento salarial en dicha data y sobre la suma señalada, aunado a ello, también obra liquidación final de prestaciones sociales expedida por la misma sociedad el 30 de diciembre de 1988, que coincide con el contenido de la última certificación en comento, dando cuenta del aumento salarial a partir del 1 de

agosto de 1988, en la suma de \$110.000, siendo esta la última asignación que devengó.

A más de lo anterior, a folio 23 obra historia laboral tradicional del actor, expedida por el entonces ISS en el año 2002, que detalla que para el ciclo de diciembre de 1988, se reportó como salario de este, la suma de \$111.000, igual información, se consigna en resumen de historia válida para bono visible a folios 24 y 27 del expediente y en la documental visible a folio 47, expedida por Fiduciaria de Occidente S.A., entidad que al ser convocada al trámite procesal, manifestó en escrito de contestación, haber absorbido a la Fiduciaria la Unión, a la cual se le encargó la liquidación de la sociedad Croydon S.A., indica en tal respuesta a la petición del actor que conforme los archivos encontrados en su hoja de vida, se encontró que el último salario por él devengado, asciende a \$110.000.

Al respecto, indica el Ministerio en su contestación que emitió bono pensional a nombre del actor, teniendo como último salario para diciembre de 1988 la suma de \$89.070, ya que este fue el reportado por el ISS hoy Colpensiones, base salarial que en efecto es la que se registra en historia laboral expedida por esta última entidad para octubre de 2019 y allegada junto con contestación, aunado a ello, no ofreció reproche que Protección S.A., reconoció pensión al actor a partir del 26 de enero de 2017, prestación que indica esa AFP este se negó a recibir.

Así las cosas y teniendo en cuenta el acervo probatorio antes mencionado se tiene que si bien en reciente historia laboral expedida por Colpensiones, esta indica que el último salario devengado por el actor, ascendió a \$89.070; lo cierto es que los demás medios de convicción aportados al plenario y que no fueron objeto de tacha expedidos por el empleador del actor para la data en mención, así como por la Fiduciaria que asumió su liquidación, dan cuenta sin lugar a dudas que esa no fue la última asignación salario del actor para el año 1988, sino que como lo indica este, era de \$110.000.

Por lo señalado en precedencia, habrá de accederse a las pretensiones del actor, **revocando** la decisión de primer grado, para en su lugar ordenar a la Fiduciaria de Occidente a registrar en debida forma ante Colpensiones, que el último salario devengado por el actor entre el 1 de agosto al 31 de diciembre

de 1988, fue de \$110.000 y efectuar a dicha entidad, previa liquidación por parte de esta última, el pago adicional de aportes a que haya lugar como la entidad que absorbió a Fiduciaria Unión S.A., siendo esta última la que asumió la liquidación de Croydon S.A., y la que se encargó como indica Fiduoccidente en su contestación del manejo de activos para obligaciones pensionales y laborales de los trabajadores de la extinta sociedad en mención.

Habiendo lugar a ordenar a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a que una vez corregida dicha inconsistencia en la forma antes señalada, proceda a reliquidar el bono pensional a nombre del aquí demandante y por consiguiente a Protección S.A., a recalcular la prestación pensional concedida al actor, teniendo en cuenta para el efecto el valor del bono pensional reliquidado con la base salarial determinada entre agosto y diciembre de 1988; siendo procedente la intervención de las entidades en mención en el trámite a adelantar para la corrección de la inconsistencia que quedara probada, ocurrió para el caso del actor y al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2686 del 2021, M.P. Fernando Castillo Cadena, que en dicha oportunidad reiteró:

A este respecto, la Sala, en providencia CSJ SL4305-2018, razonó:

1) De la historia laboral y las certificaciones válidas para liquidar los bonos pensionales:

*Se puede colegir de la regulación del trámite para obtener la expedición del bono, **que la conformación de la historia laboral con este fin no está a cargo exclusivo de la AFP, si no que se trata de un proceso complejo que si bien es ejecutado y coordinado por la AFP, en él también han de intervenir el afiliado, las entidades donde se estuvo afiliado y los empleadores, según el caso.** Puede estimarse que se trata de un trámite complejo, pero no por esto se ha eximir al aspirante a la pensión de llevarlo a cabo, puesto que la conformación de la historia laboral se justifica para reunir, de manera eficiente, cierta y efectiva, los medios económicos que permiten capitalizar las prestaciones pensionales, garantizando así el principio de sostenibilidad financiera de los recursos y procurar la eficiencia, la solidaridad y la universalidad en la protección de las personas frente a las contingencias que el sistema de seguridad social ampara (arts. 48 de la Constitución y 2 de la Ley 100 de 1993).*

Durante el agotamiento de la conformación de la historia laboral del afiliado, las sociedades administradoras de fondos de pensiones que manejan el régimen de ahorro individual con solidaridad, así como aquellas cajas o fondos del sector público o privado que lo hacen en el régimen solidario de prima media con prestación definida, deben procurar la mejor utilización de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que la emisión y redención de los bonos pensionales se materialice en forma adecuada, oportuna y suficiente, a partir de una articulación de políticas, instituciones, regímenes y procedimientos que permitan, cuando a ello haya lugar, recaudar aquellos aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones¹. (Negrilla fuera del texto original)

¹ En este mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T-226 de 2018

Por lo anterior, se itera, se **revocará** la decisión de primer grado, para en su lugar condenar a las entidades convocadas a efectuar las correcciones a que haya lugar del bono pensional del actor y efectuar posterior reconocimiento pensional de manera adecuada.

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de Fiduciaria de Occidente.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia recurrida para en su lugar **CONDENAR** a FIDUCIARIA DE OCCIDENTE a registrar en debida forma ante Colpensiones, el último salario devengado por el actor entre el 1 de agosto al 31 de diciembre de 1988 y a efectuar ante dicha entidad, previa liquidación, el pago adicional de aportes a que haya lugar.

SEGUNDO: ORDENAR a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a que una vez corregida dicha inconsistencia en la forma antes señalada, proceda a reliquidar el bono pensional a nombre del demandante.

TERCERO: ORDENAR a Protección S.A., a que una vez realizada la corrección del bono pensional en los términos señalados, recalcule la prestación pensional a favor del actor.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo de Fiduciaria de Occidente.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

Salvo voto

Por dos razones: La Fiduciaria de Occidente no tiene la obligacion y el salario para la emision de bono es sobre el que realizo la cotizacion



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 20-2020-00178-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: RICARDO LOZANO VARGAS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y COLPENSIONES y del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 26 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

El señor RICARDO LOZANO VARGAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado del traslado del RPMPD al RAIS con la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN en el mes de abril de 1999 y en consecuencia se DECLARE la inoperancia de sus efectos. De manera subsidiaria solicita se declare la nulidad de su afiliación. Solicita se declare como afiliación válida al Sistema General de Pensiones del actor la efectuada al RPMPD administrado por el ISS



hoy Colpensiones; se condene a la AFP PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el accionante al RAIS y a COLPENSIONES que contabilice las semanas cotizadas por el actor al RAIS, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 1 archivo “01. ESCRITO Y ANEXOS FL102”).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 21 de diciembre de 1960, por lo que a la presentación de la demanda contaba con 59 años de edad; que se afilió al Sistema General de Pensiones el 02 de enero de 1979 con el empleador “1979WM JACKSON INC” cotizando al ISS hoy Colpensiones; que a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones el accionante se encontraba cotizando al ISS con el empleador BANCO DEL ESTADO; que en abril de 1999 se afilia al RAIS a través de la AFP DAVIVIR hoy AFP PROTECCIÓN, pues sus asesores visitaron la empresa MABER LTDA; que al momento del traslado o vinculación al RAIS no fue asesorado o informado por la AFP de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este Régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional; que a la fecha acredita un total de 1918 semanas y se encuentra cotizando al Sistema General de Pensiones a través de la AFP PROTECCIÓN; que solicitó la nulidad o ineficacia de su traslado ante las demandadas sin obtener una respuesta favorable. (fl. 2 archivo “01. ESCRITO Y ANEXOS FL102”).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales



1, 4, 6, 10 y 12, negó el 5 y 8 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó 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 declara 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 y la innominada o genérica. (fls. 3 a 22 archivo “06 2020-178 FL 117 a 186 CONTESTACION PROTECCION 10-02-21”).

Por su parte, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 9 y 11 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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 genérica. (fls. 3 a 37 archivo “07 2020-178 FL 187 a 250 CONTESTACION COLPENSIONES 10-02-21”).

Finalmente, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones 2, 3, 6 y 7 frente a las demás dijo que no se opone, ni se allana, respecto de los hechos manifestó no constarle ninguno. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó, ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e



información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica. (fls. 4 a 19 archivo “10 2020-178 ord (fl 438-535) contestación dda 4-05-2021”).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor RICARDO LOZANO VARGAS efectuado a la AFP DAVIVIR hoy AFP PROTECCIÓN S.A. el día 9 DE ABRIL DE 1999 y los traslados horizontales del 11 de agosto de 2011 a la AFP SKANDIA y el 27 de julio de 2012 a la AFP ING hoy AFP PROTECCIÓN S.A., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., y a la AFP SKANDIA de llegar a tener aportes del demandante, a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada RICARDO LOZANO VARGAS, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLPENSIONES, la AFP PROTECCIÓN S.A. y la AFP SKANDIA S.A. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte. Sin costas para MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., pero si a su favor por parte de la AFP SKANDIA S.A. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (1) Salario Mínimo Mensual Legal Vigente, pagaderos a cuota parte.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones.

SEXTO: REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.” (archivo “20 2020-178 FOL 727-732 ACTA AUD ART 77 Y 80 INEFICACIA TRASLADO PROTECCION - COLPENSIONES”)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio de la CSJ. Indica que el presente asunto se debe estudiar bajo



los parámetros de la ineficacia y no de la nulidad del traslado; que la AFP no probó que se le haya brindado una asesoría veraz y completa al accionante; que no saben las circunstancias de tiempo. Modo y lugar en que se efectuó el traslado; que no se puede predicar un consentimiento libre y voluntario sino estuvo precedido de la debida información; que no hay lugar a condenar a la llamada en garantía pues no se ordena la devolución de gastos de administración y además ella no intervino en el acto del traslado; que las sentencias de la sala de descongestión que hace referencia que los traslados horizontales son actos de relacionamiento no son vinculantes, como quiera que no pueden cambiar la jurisprudencia.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **parte demandante**, recurrió señalando que no está de acuerdo en lo que tiene que ver con la devolución de los gastos de administración, como quiera que la CSJ órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha dicho que las AFP privadas deben devolver los gastos de administración y comisiones a cargo de sus propias utilidades

Por su parte, **Colpensiones** impugnó la decisión argumentando que no se acreditó un vicio del consentimiento. Señala que dentro del expediente no obra prueba alguna de que se este en presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el Código Civil. Que nos encontramos frente a un error en un punto de derecho que no tiene la virtualidad de repercutir en el acto jurídico para que se declare la nulidad. En cuanto a la carga probatoria señala que el artículo 167 del C. G. del P. dice que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Que el Dr. Carlos Andrés Vargas Magistrado de esta Corporación señaló que los demandantes son los que tienen la carga probatoria en estos procesos. Que se debe tener en cuenta la descapitalización del sistema conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional.



CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Ricardo Lozano Vargas, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PROTECCION en el año 1999. (fl. 56 archivo “06 2020-178 FL117 A 186 CONTESTACION PROTECCION 10-02-21”) y, posteriormente a la AFP SKANDIA en el año 2011 (fl. 34 archivo “10 2020-178 ord (fl 438-535) contestación dda 4-05-2021) y finalmente, a la AFP PROTECCION en el año 2012 (fl. 56 archivo “06 2020-178 FL117 A 186 CONTESTACION PROTECCION 10-02-21”).

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.



Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad el demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Ricardo Lozano Vargas, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la



prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)



Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado del demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor. No pudiendo de ninguna manera entender ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año 1999, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que le informaron es que el ISS se iba a acabar y que al trasladarse le rescatarían los aportes que hubiese efectuado en dicha entidad.

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues



era obligación de la AFP PRIVADA brindar la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP PROTECCIÓN con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, contrario a lo señalado por COLPENSIONES en su recurso de apelación, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no el demandante, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.



Ahora bien, se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración, los que deben ser objeto de dicho traslado como lo solicita la parte demandante en su recurso de apelación, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados**, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera ni otras decisiones proferidas por esta Corporación, no resultan vinculantes a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención.

Por lo señalado en precedencia, se **adicionará** el numeral TERCERO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los gastos de administración por la AFP PROTECCION y por la AFP SKANDIA, por cuanto la de primer grado sólo se refirió a aportes, rendimientos, y bonos pensionales. No siendo procedente impartir ninguna condena frente a la llamada en garantía como quiera que dicha entidad no intervino en el traslado de régimen.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso, según el cual de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización



del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionarán** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia recurrida en el sentido de CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN y a la AFP SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de **gastos de administración**, durante la vigencia de la afiliación del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el



valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 15-2020-00364-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: GODOFREDO SAMPEDRO BORRERO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **JENNIFER LORENA MOLINA MESA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.129.511.816 y tarjeta profesional No. 218.591 del C.S de la J en su calidad de abogada inscrita de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., como apoderada principal de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para los fines del poder conferido y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.018.469.231 y tarjeta profesional No. 365.094 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de esta Ciudad, el 19 de noviembre de 2021.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y la AFP PORVENIR.

ANTECEDENTES

El señor GODOFREDO SAMPEDRO BORRERO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; se declare la nulidad de los traslados horizontales dentro del RAIS. Como consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos al RPMPD; se ordene a COLPENSIONES a recibir al actor en el RPMPD, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 5 archivo “01. Demanda”).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 10 de abril de 1957; que se afilió al RPMPD el 11 de enero de 1995; que se trasladó al RAIS en el año 1999 a la AFP PORVENIR; que el traslado lo efectuó al haber sido inducido a error por parte de la AFP PORVENIR; que nunca se le brindó la información necesaria y suficiente al momento del traslado al RAIS; que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 63 años de edad; que solicitó a las demandadas se declarara la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS sin obtener una respuesta favorable. (fls. 1 a 5 archivo “01. Demanda”).



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 4, 16, 24, 25, 26, 27 y 28, negó el 3; dijo que el 29 no era un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 1 a 9 archivo “09EscritoContestacion”).

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 4 y 11; manifestó no constarle el 3, 17, 18, 19, 24, 25, 26, 27 y 28 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito 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. (fls. 1 a 25 archivo “20Escritocntestaciónporvenir”).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor GODOFREDO SAMPEDRO BORRERO, identificado con C.C N.º 19.267.576, del régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, efectuado el día 21 de diciembre de 1998, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante GODOFREDO SAMPEDRO BORRERO, identificado con C.C N.º 19.267.576, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor GODOFREDO SAMPEDRO BORRERO, identificado con C.C N.º 19.267.576, como cotizaciones, aportes adicionales, rendimientos financieros, sin descontar los gastos de administración de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTA POR LA PASIVA.

QUINTO: ABSOLVER a las entidades demandadas de las demás pretensiones invocadas.

SEXTO: Costas en esta instancia a cargo de las entidades demandadas a favor del demandante. Fijese la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las accionadas.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta.” (archivo “20 2020-178 FOL 727-732 ACTA AUD ART 77 Y 80 INEFICACIA TRASLADO PROTECCION -COLPENSIONES”)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no bastaba con el formulario de afiliación; que aplica la línea jurisprudencial de la CSJ; que no se puede extraer confesión del interrogatorio de parte; que no es necesario ser beneficiario del régimen de transición y que la AFP no demostró haber brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que se debe declarar la ineficacia del mismo.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** recurrió señalando que la información se le brindó al accionante de manera verbal; que el actor en su interrogatorio de parte señaló que recibió una charla más o menos de 30 minutos, por lo que no se puede entender como lo dijo que solamente le manifestaron que el ISS se iba acabar y que se debía trasladar; que conforme a la Ley 100 de 1993 era claro que no podía existir solo los fondos privados; que se aportó el formulario de afiliación el cual era el único documento válido que se exigía al momento del traslado, por lo que no se le puede exigir nada adicional; que en las pretensiones de la demanda no se pidió la devolución de los gastos de administración, por lo que la condena por este concepto viola los principios de congruencia, pues no fueron objeto de controversia; que la Ley autoriza este descuento; que en el RPMPD también se hace el descuento para gastos de



administración; que al ordenar devolver estas sumas estamos frente a un enriquecimiento sin justa causa; que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de trasladarse. Finalmente, solicita se le exonere de la condena en costas.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Godofredo Sampedro Borrero, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 1998 (fl. 60 archivo “20EscritoContestacionPorvenir”).

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de



su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad el demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Godofredo Sampedro Borrero, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:



“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto



es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado del demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor. No pudiendo de ninguna manera entender ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año 1998, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informaron es que el ISS se iba a acabar y que debía trasladarse al fondo privado. No pudiendo suponerse como lo pretende



el apoderado de la AFP PORVENIR que como el actor dijo que la charla al momento del traslado duró 30 minutos signifique que la AFP cumplió con su obligación de brindar la información necesaria y suficiente, pues no existe prueba de que el actor se le haya informado algo más, aparte de lo que el manifestó en su interrogatorio.

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP PORVENIR con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no el demandante, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

No pudiendo tampoco la demandada PORVENIR alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.



En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP Porvenir S.A. en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.**” (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que no existe falta de congruencia entre lo pretendido y la sentencia proferida en primera instancia, pues si bien la parte actora no solicitó la devolución de los gastos de administración, lo cierto es que éstos son la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado, luego si fue un tema debatido dentro del proceso. Adicionalmente, debe señalarse que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP Porvenir S.A.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, como lo señala Colpensiones en su recurso, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.



Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionaré** la sentencia recurrida en este aspecto.

En cuanto al argumento de la AFP PORVENIR respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma, como quiera que fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 24-2017-00148-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: PEDRO ANTONIO MORALES BENÍTEZ

DEMANDADO: JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S. Y MANSAROVAR
ENERGY COLOMBIA LTDA

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de agosto del 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandada.

ANTECEDENTES

El señor PEDRO ANTONIO MORALES BENITEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que con la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA existió un contrato realidad desde el 08 de abril del 2014 al 07 de octubre



del 2016, en el cual desempeño el cargo de cuñero y devengó como último salario la suma de \$2'955.960; que ingresó a laborar para MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA como trabajador por intermedio de la empresa de servicios temporales JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S.; se declare que celebró contrato por duración de la obra o labor contratada con la empresa JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S. el 08 de abril del 2014; que prestaba sus servicios personales en campo jazmín, campo Velásquez y campo moriche en donde la sociedad MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA ejecutaba obras; que el 29 de abril del 2015 suscribió otro contrato individual de trabajo como trabajador en misión en la modalidad de duración de la obra o labor contratada con la sociedad JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S.; que entre el demandante y su empleador MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA siempre existió una perfecta relación laboral que incluyó la subordinación; que padece varias enfermedades que le fueron diagnosticadas y que le están siendo tratadas por la EPS CAFESALUD; que fue despedido el 07 de octubre de 2016 fue despedido como consecuencia de sus enfermedades, diagnósticos y patologías de manera unilateral y sin justa causa; que la verdadera empleadora MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA terminó el contrato individual de trabajo a través de la EST encontrándose el actor en estado de debilidad manifiesta y sin autorización del Ministerio del Trabajo; que la terminación del contrato es ineficaz; que existió intermediación laboral entre las demandadas; que las demandadas son solidariamente responsables del reconocimiento y pago de acreencias laborales e indemnizaciones; que la suspensión del contrato es ilegal.

Como consecuencia solicita se condene a la demandada MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA a reintegrar al actor sin solución de continuidad a un cargo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando; se condene a las demandadas de manera solidaria al reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones dejadas de percibir desde la terminación del contrato hasta la fecha en que sea reintegrado, al pago de la sanción de 180 días contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a los salarios, prestaciones sociales y vacaciones dejados de percibir desde



la suspensión del contrato el 05 de enero de 2017 al 13 de marzo del 2017 fecha en la que fue reintegrado provisionalmente, los aportes a seguridad social, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como pretensiones subsidiarias solicita se condene a la indemnización moratoria y a la indemnización por terminación del contrato sin justa causa. (fls. 161 a 168)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que ingresó como trabajador al servicio de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA; que la fecha de iniciación del contrato fue el 08 de abril del 2014; que desempeñó el cargo de cuñero; que devengó como salario en el año 2014 la suma de \$2'399.100, en el año 2015 la suma de \$2'532.840, en el 2016 y 2017 la suma de \$2'955.960; que celebró contrato por duración de la obra o labor contratada con la empresa JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S. el 08 de abril del 2014; que prestó sus servicios personalmente en campo Jazmín, campo Velásquez y campo moriche en donde la sociedad MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA ejecutaba sus obras; que durante la ejecución de sus labores a inicios del año 2015 comenzó a padecer una serie de dolencias en su columna vertebral; que el 06 de febrero del 2015 a consecuencia de una molestia lumbar acudió a la entidad CLINITRAUMA para la realización de una resonancia magnética de columna lumbosacra; que el 02 de marzo del 2015 se le otorgó incapacidad del 09 de marzo del 2015 al 16 de marzo de 2015; que el 17 de marzo del 2015 la sociedad JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S. le notificó la terminación del contrato laboral, el cual se terminó de manera unilateral y sin justa causa teniendo pleno conocimiento de su estado de salud; que el 18 de marzo del 2015 la médico tratante le ordenó recomendaciones médicas con vigencia de 6 meses, las cuales fueron notificadas a la demandada JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S. el 24 de marzo del 2015; que el 29 de abril del 2015 celebró nuevamente un contrato individual de trabajo de obra o labor contratada como trabajador en misión



para prestar sus servicios en la empresa usuaria MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA; que fue reintegrado a laborar nuevamente por decisión de la sociedad empleadora, pero sin tener en cuenta las recomendaciones emitidas el 24 de marzo del 2015; que no fue reubicado su puesto de trabajo de acuerdo a su problema de salud; que el 09 de septiembre del 2015 se le realizó una resonancia magnética; que el 18 de febrero de 2016 se le realizaron exámenes los cuales arrojaron como diagnostico GASTRITIS CRÓNICA ATROFICA Y EROSIVA CORPOROANTRAL MODERADA y HEMORROIDES INTERNAS GII NO COMPLICADAS; que el 08 de abril del 2016 se le practicó una resonancia magnética; que el 22 de julio del 2016 se le ordenó cita médica por la especialidad de coloproctología; que el 29 de julio del 2016 acudió al centro médico de la sociedad usuaria MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA a raíz de un fuerte dolor lumbar en donde la médico tratante le ordenó guardar reposo durante los días 29 y 30 julio del 2016; que el 03 de agosto del 2016 la EPS CAFESALUD le notificó al actor el dictamen de pérdida de calificación en el que señala que el origen de la enfermedad es laboral; que el 30 de agosto de 2016 acudió a la entidad CEDICAF para la realización de una resonancia magnética de columna lumbar simple; que el 12 de septiembre del 2016 la EPS CAFESALUD le notificó al accionante la firmeza del dictamen; que el 14 de septiembre del 2016 fue remitido a valoración por la especialidad de ORTOPEDIA DE COLUMNA; que el 22 de septiembre del 2016 se le ordenó consulta por la especialidad de CIRUGIA DE MANO y adicionalmente, la realización de una radiografía panorámica de columna; que el 24 de septiembre del 2016 la médico tratante le dio restricciones laborales con vigencia de 3 meses; que el 07 de octubre del 2016 la sociedad JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S. le notificó la terminación de su contrato de trabajo; que fue despedido como consecuencia de sus enfermedades, diagnósticos y patologías de manera unilateral y sin justa causa; que la verdadera empleadora MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA le terminó el contrato individual de trabajo a través de la EST encontrándose el actor en estado de debilidad manifiesta y sin autorización del Ministerio del Trabajo; que el 19 de octubre del 2016 el médico tratante le ordenó 15 sesiones de terapia física; que promovió acción de tutela la cual correspondió por reparto al Juzgado Primero Penal Municipal Con Funciones de Conocimiento de Bogotá quien



profirió fallo de primera instancia el 18 de noviembre del 2016 por medio del cual se le concedió de manera transitoria el amparo de los derechos fundamentales; que el 12 de diciembre de 2016 suscribió acta de reintegro con la sociedad JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S.; que el 23 de diciembre de 2016 la médico tratante le ordena 10 sesiones de terapia física; que el 05 de enero de 2017 le notifican la suspensión de su contrato de trabajo a pesar de estar amparado por el fuero de estabilidad laboral reforzada; que la causal invocada para la suspensión obedece a la terminación del contrato comercial de suministro de personal en misión para perforación EQP-101-14B el cual no fue renovado por la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA; que la suspensión del contrato es ilícita porque la entidad JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S. no pidió autorización previa por parte del Ministerio del Trabajo para suspender el contrato; que a partir del 05 de enero del 2016 la empresa JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S. ordenó al demandante que dejará de prestar sus servicios personales y cesó el pago de salarios y prestaciones sociales; que el 11 de enero del 2017 se promovió incidente de desacato; que el 22 de enero de 2017 se confirmó la decisión dentro de la acción constitucional; que el 13 de marzo del 2017 fue reintegrado nuevamente; que se encuentra en espera de continuar con el trámite de calificación, pues el mismo se encuentra afiliado a CAFESALUD y por la falta de profesionales y convenios con IPS no se ha podido seguir con el trámite de calificación de origen de enfermedad laboral, la valoración de porcentaje de pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración de sus patologías. (fls. 168 a 172).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 1, 2, 4, 5, 6, 9, 14, 17, 22, 37, 38, 41, 43, 46, 49 y 51, dijo no constarle el 52 y 55; y aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, contratos de trabajo entre JJ EMPLEOS TEMPORALES y el actor está ajustado a la Ley, inexistencia de contrato realidad, terminación del contrato de trabajo estuvo ajustado a la



Ley, actor no es titular de la protección de estabilidad laboral, prescripción y la genérica. (fls. 187 a 204).

La demandada **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 1, 5, 7, 38 y 40; aceptó el 42 y 53; y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe. (fls. 249 a 285).

La demandante presentó reforma a la demanda para adicionar entre las pretensiones que se DECLARE que al accionante se le ha retenido ilegalmente sus salarios y prestaciones sociales a partir del 13 de marzo del 2017. Se solicitó se CONDENE a la demandada al reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social desde el 13 de marzo del 2017 hasta la presentación de la reforma de la demanda. Como pretensión subsidiaria solicita se declare ilegal la suspensión del contrato de trabajo y que se han retenido ilegalmente sus salarios y prestaciones sociales a partir del 13 de marzo del 2017. (fl. 355 a 379)

La reforma a la demanda fue contestada por **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA** con oposición a todas y cada una de las pretensiones. (fls 382 a 426) y se tuvo por no contestada por parte de JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S. mediante auto del 16 de febrero del 2018 (fl. 427)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor PEDRO ANTONIO MORALES BENITEZ en calidad de trabajador y la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD en calidad de empleador, existieron dos contratos de trabajo a saber, el primero desde el 08 de abril de 2014 al 17 de marzo de 2015 y el segundo desde el 29 de abril de 2015 al 07 de octubre de 2016, en virtud de los cuales desempeño el cargo de cuñero, devengando la suma mensual de \$2,955,960, de conformidad con lo señalado en la parte motiva del presente proveído.



SEGUNDO: DECLARAR ineficaz de la terminación del contrato de trabajo del demandante efectuado por la parte demandada MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD el día 07 de octubre del año 2016, al encontrarse en estado de debilidad manifiesta por su estado de salud, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: ORDENAR el reintegro del señor PEDRO ANTONIO MORALES BENITEZ al cargo que venía ejerciendo o a uno de igual o mejor jerárquica y compatible con su estado actual de salud a partir del 07 de octubre de 2016, de conformidad con la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: CONDENAR a la sociedad MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD a reconocer y pagar a favor del señor PEDRO ANTONIO MORALES BENITEZ los salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social, vacaciones a partir de la terminación del vínculo hasta tanto se verifique su reincorporación.

QUINTO: CONDENAR a la sociedad MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD a reconocer y pagar a favor del señor PEDRO ANTONIO MORALES BENITEZ la suma de \$17,735,760 por concepto de la sanción contenida en el art. 26 de la ley 361 de 1997.

SEXTO: AUTORIZAR a la sociedad MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD a descontar de las condenas aquí proferidas, las sumas de dinero que por concepto de acreencias laborales haya recibido el señor PEDRO ANTONIO MORALES BENITEZ producto del reintegro obtenido vía protección constitucional, derivados del siniestro del seguro tornado por JJ EMPLEOS TEMPORALES y los recibidos producto del proceso de liquidación de esa sociedad.

SEPTIMO: ABSOLVER a la sociedad JJ EMPLEOS S.A.S. HOY EN LIQUIDACION de las pretensiones incoadas en su contra por el señor PEDRO ANTONIO MORALES BENITEZ, de conformidad con la parte motiva del presente proveído.

OCTAVO: DECLARAR NO probados los hechos sustento de los medios exceptivos incoados por la pasiva, de conformidad con la parte motiva del presente proveído.

NOVENO: CONDENAR en costas a la demandada MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD y a favor del demandante PEDRO ANTONIO MORALES BENITEZ, para lo cual se estiman como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (fl. 603)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que los usuarios de las EST sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos 1) cuando se trate labores ocasionales, accidentales o transitorias a las que se refiere el artículo 6° del CST; 2) cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones o en uso de licencia, incapacidad o por enfermedad o maternidad; 3) para atender incrementos en la producción en el transporte las ventas de producción o mercancías los períodos gestacionales de cosecha



o en la prestación de servicios por un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más. Que las EST tienen prohibido por expreso mandato legal prestar sus servicios en los siguientes escenarios 1) cuando entre la empresa usuaria y la EST se estructure una vinculación económica en los términos de que trata el capítulo 11 del libro II del C. Comercio; 2) cuando las labores de la empresa usuaria se encuentren suspendidas por estar sus trabajadores en huelga y 3) cuando se quiera vincular trabajadores en misión con vocación de permanencia indefinida. En lo que respecta a la prestación de servicios del actor de manera ininterrumpida con la demandada MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA manifiesta que de las pruebas documentales y testimoniales allegadas se evidencia que la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que tenía conforme lo exige el artículo 167 del C. G. del P. como era acreditar la continuada prestación del servicio a partir del 08 de abril del 2014, pues ninguno de los testigos dio cuenta de la prestación de servicios del actor antes del año 2015.

Así como tampoco dieron fe de que fueron compañeros de trabajo del demandante durante todo el tiempo que prestó los servicios, sino que por el contrario, señalaron que se encontraban en campos y sectores distintos por lo que no les consta todo el tiempo de servicios que se aduce en la demanda. Indica que el demandante además aceptó la suscripción de 2 contratos de trabajo y la interrupción en la prestación del servicio entre una y otra relación de trabajo, por lo que al no demostrarse lo contrario se entiende que el actor prestó sus servicios en favor de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA en calidad de trabajador en misión a través de dos contratos de trabajo independientes entre sí entre el 08 de abril de 2014 al 17 de marzo del 2015 y el otro del 29 de abril del 2015 al 07 de octubre del 2016.

Afirma que su estudio se limitará al último contrato. Que la carga de la prueba está en cabeza de la demandada MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA debiendo acreditar que la vinculación del actor obedeció a cualquiera de los escenarios consagrados en la ley 50 de 1990 y del Decreto 1672 del 2015 circunstancia que no acreditó en la foliatura. Que



las documentales allegadas, por si solas no dan cuenta que el actor cuando prestó sus servicios personales en favor de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA haya desarrollado laborales ocasionales, accidentales o transitorias, reemplazo personal en vacaciones o licencia o si quiera para cubrir un aumento en la producción, por lo que las demandadas incumplieron la carga de la prueba que les correspondía, por lo que se concluye que existió una verdadera relación de trabajo entre la demandante y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA pues el cargo al que estuvo vinculado era con vocación de permanencia indefinida en el entendido que siempre desempeñó cargos directamente relacionados con la explotación de hidrocarburos lo que descarta trabajos ocasionales.

En cuanto a la **estabilidad laboral** señaló que la parte actora cumplió con la carga probatoria al allegar la carta con la que se le dio por terminado el contrato por terminación de la obra o labor contratada, por lo que se presume que la relación terminó por el estado salud del actor, como quiera que al momento en que se dio por terminado el contrato y una vez revisada la historia clínica y las incapacidades se puede colegir que presentó incapacidades entre el 02 de febrero del 2015 a marzo de ese año y se evidencian recomendaciones laborales dirigidas a JJ empleos Temporales; aunado a que el demandante asistió al centro médico de MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA el 04 de mayo del 2015, junio de 2015, agosto, septiembre, diciembre de 2015, enero, febrero, marzo y 29 de julio de 2016 encontrándose en tratamiento por ortopedia, por lo que se observa que la parte actora acreditó su condición de discapacitado, pues se evidencia una mengua en su estado de salud que no le permitía ejercer en condiciones normales su labor. Por lo que era un sujeto de especial protección, máxime porque el 28 de enero de 2016 fue calificado por la EPS antes de darle por terminado el contrato de trabajo.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA** recurrió la decisión proferida en primera instancia señalando que la determinación del



Despacho de declarar el contrato realidad entre las partes se sustenta bajo la orfandad probatoria porque la demandada no probó cual era la causal por la cual se había contratado en misión al actor, lo cual es contradictorio, teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el proceso y el mismo análisis del material probatorio que realiza la falladora de primera instancia dentro de la sentencia, pues como se logra evidenciar fueron allegados tanto por JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S. como por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA los diferentes contratos de trabajo que suscribió el demandante con JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S. y los requerimientos de personal que realizó MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA a la empresa usuaria indicándole el tipo de persona que necesitaba y bajo que concepto lo necesitaba de conformidad con el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Indica que el Despacho pasa por alto que dentro del testimonio del señor Bendito Aragón y adicionalmente de los otros testigos estos fueron enfáticos al afirmar que cada contrato estaba asociado a una actividad específica y que iba cambiando de actividad. Que el señor Benito afirma que a ellos los cambiaban de campo para cubrir personas que se encontraran incapacitadas, en vacaciones o en accidentes de trabajo y adicionalmente a ello como se puede analizar de la lectura de los contratos de trabajo que no superaron el término de 1 año, la causal que dio lugar a dichas vinculaciones como trabajadores en misión estaba sujeta a la producción. Que le parece extraño que por el simple hecho de que el demandante haya ejecutado un cargo vinculado al sector de los hidrocarburos se concluya que es una actividad propia y que por tanto no es una actividad ocasional. Que si bien el cargo de cuñeros está asociada a la actividad de hidrocarburos es cierto que en diferentes ocasiones y atendiendo a la naturaleza y a los procesos productivos del sector no en todo momento se está ejecutando la actividad puntual del cuñero o no en la misma cantidad porque en los pozos no fluye el crudo de la misma forma. Que por esto se requirió la contratación del demandante como trabajador en misión toda vez que había un incremento en la producción y dicho incremento está demostrado con los requerimientos que se hicieron de personal donde se detalla la causal por la



cual se solicitó tal vinculación y adicionalmente a ello con el contrato de suministro de personal donde salen claramente las causales por las cuales se hace el requerimiento, por lo que si cumplió con su carga probatoria al determinar con precisión y demostrar con la documental ya reseñada cual fue la causal por la cual se dio la vinculación del demandante como trabajador en misión, la cual está contemplada en el art. 67 de la Ley 50 de 1990 y en consecuencia se reitera que la vinculación del trabajador se hizo en el marco de un contrato de suministro en el cual se respetaron los límites de temporalidad de la ley 50 y en consecuencia la conclusión a la que llegó el A quo es errada.

Adicionalmente a ello afirma que le causa extrañeza que no se haya emitido pronunciamiento alguno sobre la reclamación de la póliza que realiza el demandante reconociendo voluntariamente y sin ninguna coacción de manera libre y expresa que él tenía la calidad de trabajador de la empresa JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S., así como su participación en la liquidación de JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S., lo cual no amerita ningún pronunciamiento por parte del Despacho, pese a que fueron aportadas las pruebas.

Que por otra parte en cuanto a la declaratoria de estabilidad laboral reforzada señalando que existía una situación de discapacidad para el momento de la terminación y que por ende existe una presunción de que el despido era discriminatorio, no obstante lo anterior, pasa por alto el Despacho que en la documental que allegó el demandante no existe de julio del 2016 a octubre del 2016 fecha de terminación del contrato, ni una sola constancia médica, ninguna recomendación, ni ninguna incapacidad que acredite que durante ese interregno de tiempo el trabajador haya presentado alguna afectación en su salud que le haya impedido desarrollar sus actividades de manera ordinaria lo que conlleva a determinar que para el momento de la terminación el actor no contaba con una situación de salud que le impidiera el desarrollo de sus actividades en condiciones normales y es que analizado la documental que refiere el Despacho que lo llevó a esa conclusión se tiene que la última incapacidad se dio en el año 2015 un año



antes de la terminación del contrato y la última recomendación en septiembre del 2016 pero era una recomendación de orden común de las cuales no podía tenerse certeza de la alteración del estado de salud del demandante que fuera significativa porque eran recomendaciones que trataban de no levantar carga pesada, no caminar en terrenos irregulares, temas que no estaban asociadas directamente a la labor que él desempeñaba porque no se restringió ninguna de las actividades que el actor ejecuta.

Que para el momento de la terminación el trabajador estaba desempeñando su servicio en condiciones normales. Que el hecho de que el trabajador hubiese sido atendido en los centros médicos de la demandada no significa que dicha condición haya sido puesta en conocimiento de la demandada, porque como se puede evidenciar la última atención que recibió el demandante fue en julio del 2016, es decir, 4 meses antes de la terminación del contrato y en dicho interregno el trabajador siguió con sus terapias y con sus tratamientos médicos que lo pudieron haber rehabilitado, lo cual fue omitido por el Despacho, quien simplemente se dejó llevar por el hecho de que el trabajador 1 año antes a la terminación del contrato presentaba alguna situación de salud, las cuales viendo los diagnósticos de los médicos tratantes se puede advertir que no eran de gravedad.

Que no tenían situaciones de salud significantes y que estas no se presentaron a la terminación del contrato, por ende, no tenía un fuero de estabilidad reforzada al momento en que se le terminó el contrato de trabajo y adicional a ello la demandada no tenía conocimiento de que para octubre del 2016 dicho individuo tuviese un tratamiento médico, tuviese recomendaciones vigentes, porque las recomendaciones eran enviadas a su verdadero empleador JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S. y la última atención que indica que tuvo fue 4 meses previos a la terminación del contrato, por lo que no existe una situación de salud que dé lugar al reintegro y a la condena de la indemnización de la ley 361 de 1997. Que se resalta el hecho de que el demandante confesara que las recomendaciones y las incapacidades nunca fueron allegadas a la demandada.



ue el exceso del límite temporal que se dio, se encuentra justificado en una situación que se presentó entre JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S. y la demandada MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA, atendiendo que para el momento en que debió darse por terminado el contrato de trabajo en junio de 2016 como el trabajador tenía unas situaciones de salud se prolongó el contrato para que esas situaciones de salud fueran tratadas y meses después cuando ya no tenía ninguna situación de salud se pudiera dar por terminado el contrato de trabajo. Pide que se absuelva a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el artículo 66A del C. P. del T. y de la S. S. la Sala resolverá los puntos de inconformidad planteados en el recurso de apelación formulado por la parte demandada MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA.

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de controversia en esta instancia, que el demandante Pedro Antonio Morales Benítez prestó servicios a favor de la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA por vinculación con la empresa de servicios temporales JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S. entre el 08 de abril del 2014 al 17 de marzo del 2015 y del 29 de abril del 2015 al 07 de octubre del 2016, en el cargo de *cuñero*. Lo anterior, en virtud del contrato suscrito entre MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA y JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S. para el suministro de trabajadores en misión, lo cual se corrobora con el contrato EQP-101-14B (fls. 324 a 344), los contratos de trabajo por obra o labor celebrados entre el actor y la E.S.T. (fls. 206 a 213 y 218 a 225), la liquidación definitiva de los contratos (fl. 216 y 229) y la carta de terminación del contrato (fl. 215 y 228)

Sentado lo anterior, para resolver el problema jurídico debemos remitirnos a la Ley 50 de 1990 *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”* y el Decreto 1072 del 2015 *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo”*.



El artículo 71 de la Ley 50 de 1990 define las empresas de servicios temporales como aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios **para colaborar temporalmente** en el desarrollo de sus actividades mediante la labor desarrollada por personas naturales contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador. Señalando en el artículo 74 ibidem que los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos categorías: trabajadores de planta y trabajadores en misión, siendo éstos últimos aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos.

Señalando además en el artículo 77 ibidem que los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos: (i) cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo; (ii) cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad y, (iii) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de producto o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por otros seis (6) meses más.

En el presente caso, si bien MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA insiste en su recurso de apelación que la contratación del actor como trabajador en misión obedeció a un incremento en la producción, lo cual sea de pasó decir, que no fue probado, como acertadamente lo señaló la falladora de primera instancia, pues en el contrato de suministro de personal que celebró con JJ EMPLEOS TEMPORALES S.A.S. ni siquiera se señaló que la contratación se daba por esta causa, lo cierto es que, el artículo 6° del Decreto 4396 de 2006 en su párrafo prohíbe la contratación de trabajadores en misión para labores que excedan de un año, aunque la causal originaria del servicio subsista en la empresa usuaria por más de 1 año.



En consecuencia, no es válida la modalidad de servicios temporales aducida por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA aumento en la producción, lo cual ni siquiera se probó, por tanto, al encontrarse que la empresa usuaria desbordó el marco obligacional convenido con la empresa de servicios temporales, al incumplir las previsiones del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 concordante con el parágrafo del artículo 6° del Decreto 4369 de 2006, tal y como lo ha señalado la CSJ entre otras en la sentencia SL 467-2019 la infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal conduce a considerar al trabajador en misión como empleado directo de la empresa usuaria, vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido, convirtiendo así a la empresa de servicios temporales en un simple intermediario, lo que conlleva en su contra la responsabilidad solidaria en los términos del artículo 35 del CST.

No siendo posible que se llegue a una conclusión diferente con el hecho de que el demandante haya reclamado una póliza y haya participado en la liquidación de la EST como su trabajador, como quiera que aquí se pretende la existencia de un contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad. Así como tampoco se desdibuja lo anterior, con el testimonio del señor Benito Aragón pues contrario a lo señalado por la demandada MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA quien señala que la vinculación se dio por un aumento en la producción, el testigo refiere que eran remitidos a desarrollar sus labores cuando el personal de la empresa usuaria se encontraba incapacitado, sin embargo, también dice que perdió contacto con el actor después del año 2015 luego no tiene conocimiento de cómo se desarrolló la labor del actor o las características de su segunda vinculación.

Virtud de lo dicho habrá de confirmarse en su integridad este punto de apelación.

De la estabilidad laboral reforzada

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el Decreto 019 de 2012 indica que *“En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para*



obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo...”

La anterior Ley fue expedida **con el fin** de garantizar una protección integral y readaptación social del limitado físicamente en un grado de moderado, severo o profundo, lo cual se deduce del artículo 1º y 5º de la norma en mención, esto es, que no hacen parte de esa población protegida los demás limitados que no padecen ese grado de minusvalía y se estableció en el artículo 26 la prohibición para los empleadores **de obstaculizar una vinculación laboral por motivo de la limitación física de una persona**, a menos, que esta se demuestre como incompatible o insuperable para el ejercicio del cargo, lo cual persiste independientemente de las discusiones sobre derogaciones y vigencia.

Sobre el tema la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias 35606 de 2009, 36115 de 2010, 41845 de 2012, 42451 de 2016 y en la más reciente 46842 del 22 de febrero de 2017, **señaló que dicha estabilidad no se otorga con el sólo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral, para lo cual enseñó una serie de requisitos que se exigen para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 como son: “(i) Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) Que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social.**

Es claro entonces, que para que opere la protección al momento del despido debe existir o bien discapacidad **o bien un estado de debilidad manifiesta que también y según lo ampliamente analizado tanto por la Corte Suprema como por la Corte Constitucional da lugar a la protección**



contenida en la Ley 361 de 1997, pues si ella existe el despido o terminación se presume discriminatorio, debiendo la demandada probar que no lo fue, que obedeció a una razón objetiva y no a tal condición.

Ahora, no desconoce la Sala que la Corte Constitucional se ha referido a una especial protección para aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art 13 CP), pero también resulta claro que ello no aplicaría en este caso, toda vez **que no toda persona con una incapacidad médica, o en tratamiento se encuentra en dichas condiciones, por algo las incapacidades son limitadas en el tiempo, pues en este, se espera la recuperación ya que de no obtenerla se transformará su condición en ese caso sí, a una persona con limitación permanente, minusválida o discapacitada a la cual el Estado debe proteger especialmente; pero menos aún, se itera cuando las incapacidades fueron otorgadas en el mes de marzo de 2015 por 7 y 8 días respectivamente, finalizando la última incapacidad el día 16 de marzo del 2015.** (Ver fl. 41 y 44)

Obsérvese entonces que el 07 de octubre del 2016 cuando terminó el contrato no se encontraba incapacitado, ni tampoco tenía calificada su pérdida de capacidad laboral.

Conviene y no sobra agregar que en reciente sentencia **SL572 de 2021 Rad 86728, M P LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ; la C S J insiste, en que exigir la calificación de la pérdida de capacidad laboral no es un capricho, porque la protección derivada de la ley 361 de 1997, requiere de una situación de discapacidad; al tiempo afirma, “que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido”.** Incluso agrega la Corte que, para conocer ese nivel de disminución en la capacidad laboral por razones de salud, **no basta una historia clínica, sino que es necesario establecer la limitación para laborar** y ello solo se logra con una evaluación de carácter técnico, donde se



valore **el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional.**

La Sala revisó el expediente e insiste en que aunque encontró en marzo de 2015 dos incapacidades por 7 y 8 días finalizando la última el 16 de marzo de 2015 y situaciones de salud, ninguna de ellas es suficiente para establecer ese estado real de salud, que le impidiera al demandante desarrollar su labor, al punto de poder presumir que la terminación del contrato obedeció a un acto discriminatorio por esa causa; **y por tanto en este caso no existe la presunción, de terminación discriminatoria por lo que se aplican plenamente las sentencias de la Corte Suprema al respecto que como ya vimos explican detalladamente el tema y en el que se insiste se sigue** sosteniendo que esta protección opera **solo para ciertos estados de salud que, por su grado de intensidad, hacen que el despido o terminación se presuma realizado por esa condición y no por otras, o lo que es lo mismo se presuma discriminatorio.**

Finalmente, al no existir estabilidad laboral reforzada, tampoco hay lugar al pago de la indemnización prevista en la ley 361 de 1997, ni a ordenar el reintegro del trabajador, por lo que habrá de revocarse el numerales segundo, tercero, cuarto y quinto de la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR los numerales segundo, tercero, cuarto y quinto de la sentencia apelada, para en su lugar ABSOLVER a la demandada MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA de las demás pretensiones de la demanda.



SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO. SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 26-2019-00051-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: LUZ ELVIRA RODRÍGUEZ DE FAJARDO

DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES
DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta Ciudad, el 28 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la tercera ad excludendum.



ANTECEDENTES

La señora LUZ ELVIRA RODRIGUEZ FAJARDO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la sustitución pensional, la cual debe pagarse junto con la indexación de las mesadas adeudadas, los intereses moratorios y las costas del proceso. (fls. 7 a 8 archivo “01.11001310502620190005100Expediente”).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que al señor Hernando Fajardo Zambrano (q.e.p.d.) la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca le reconoció pensión de jubilación mediante la Resolución N° 0043 del 26 de enero de 1999; la cual le fue reliquidada mediante la Resolución N° 001356 del 10 de mayo del 2004; que el señor Fajardo Zambrano falleció el 12 de marzo del 2018; que contrajo nupcias con el señor Fajardo Zambrano el 26 de marzo de 1965; que dependía económicamente de su cónyuge; que vivieron bajo el mismo techo, compartiendo lecho, techo y mesa de manera ininterrumpida desde el momento en que contrajeron matrimonio hasta su fallecimiento; que procrearon 4 hijos; que el causante todos los días convivía con la demandante; que convivieron en Zipaquirá; que tiene conocimiento de que el causante procreó 4 hijos con la señora Ana Yolanda Cárdenas; que después del nacimiento del hijo menor de la señora Ana Yolanda en el año 1999 el causante no tuvo ningún trato con la señora Ana Yolanda, tanto así que fue demandado por alimentos en el año 2015; que cumple los requisitos para que se le sustituya la pensión que venía percibiendo su cónyuge. (fls. 6 a 7 archivo “01.11001310502620190005100Expediente”).



DEMANDA TERCERA AD- EXCLUDENDUM

Al contestar la demanda, la **TERCERA AD-EXCLUDENDUM** solicita que se declare que es ella quien tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada a pagar la pensión de sobreviviente a partir del 12 de marzo del 2018, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 58 a 59 y 94 a 98 archivo “01.11001310502620190005100Expediente”)

Como fundamentos de sus pretensiones señaló que el señor Hernando Fajardo Zambrano falleció el 12 de marzo del 2018; que por el tiempo de servicios prestados en el Departamento Administrativo de Cundinamarca se le reconoció una pensión de jubilación mediante la Resolución N° 0043 del 26 de enero de 1999; que el señor Fajardo Zambrano y la señora Ana Yolanda convivieron desde el día 13 de diciembre de 1987; que de su unión procrearon 4 hijos; que convivieron en la ciudad de Bogotá hasta septiembre del 2001 en el Barrio Restrepo; que posteriormente hasta el año 2011 vivieron en la carrera 20 N° 10-30 sur; que desde el 26 de septiembre del 2011 hasta el fallecimiento vivieron en Zipaquirá; que el señor Fajardo Zambrano convivía cuando estaban en Bogotá de Lunes a viernes con la señora Anya Yolanda y los fines de semana viajaba a Zipaquirá; que la demandante y sus hijos dependían económicamente del causante; que la demandada le negó la pensión pretendida.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1 y 2; negó el 10 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inepta demanda, actuar en cumplimiento de un deber legal, firmeza de los actos administrativos, presunción de legalidad del acto administrativo, pérdida de



ejecutoriedad del acto administrativo, prescripción y la genérica. (fls. 77 a 81 archivo "01.11001310502620190005100Expediente").

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que a las señoras LUZ ELVIRA RODRÍGUEZ DE FAJARDO y ANA YOLANDA CÁRDENAS, les asiste el derecho a que la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA, les reconozca y pague la pensión de sobrevivientes del causante HERNANDO FAJARDO ZAMBRANO.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA, a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes del causante HERNANDO FAJARDO ZAMBRANO, a la demandante LUZ ELVIRA RODRÍGUEZ DE FAJARDO y a la interviniente ad excludendum ANA YOLANDA CÁRDENAS, a partir del 12 de marzo de 2018, en cuantía inicial de **un millón novecientos cincuenta y seis mil ciento cincuenta y cinco pesos (\$1.956.155)**, y por 14 mesadas al año, suma que deberá ser reajustada conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

La distribución de la mesada pensional se hará en los siguientes porcentajes:

- LUZ ELVIRA RODRÍGUEZ DE FAJARDO: 63.64% de la mesada pensional
- ANA YOLANDA CÁRDENAS: 36.36% de la mesada pensional

TERCERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA, a pagar a la demandante LUZ ELVIRA RODRÍGUEZ DE FAJARDO la suma de **sesenta y tres millones trescientos sesenta y dos mil cincuenta y ocho pesos (\$63.362.058)**, y a la interviniente ad excludendum ANA YOLANDA CÁRDENAS la suma de **treinta y seis millones doscientos un mil doscientos cuatro pesos (\$36.201.204)**, por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 12 de marzo de 2018 al 31 de agosto de 2021, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago efectivo. Se autoriza a COLPENSIONES a descontar de las anteriores cifras lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA. Se fijan como agencias en derecho la suma de un (01) SMLMV.



SEXTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA, de conformidad con el artículo 69 del CPT y SS.”
(archivo Acta audiencia 28 septiembre)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que atendiendo la fecha del fallecimiento del señor Fajardo Zambrano la normatividad aplicable es la Ley 797 del 2003; que la demandante Luz Elvira Rodríguez Fajardo en calidad de cónyuge supérstite y la tercera ad excludendum Ana Yolanda Cárdenas en calidad de compañera permanente del causante acreditaron haber convivido con éste en los 5 años anteriores a su fallecimiento, por lo que tienen derecho a la sustitución pensional reclamada en proporción al tiempo de convivencia. Absolvió de las demás excepciones y declaró no probada la excepción de prescripción.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **parte demandada** manifiesta que interpone recurso de apelación frente a la condena en costas en lo relacionado con las agencias en derecho.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar, que la sustentación del recurso de apelación como requisito formal para su concesión no surge de un capricho legislativo, sino de una marcada necesidad que impone al inconforme con las decisiones judiciales, argumentar de forma precisa y detallada los motivos de su insatisfacción respecto de lo decidido por el *a quo*, pues sólo así es dable delimitar el campo de acción de la función jurisdiccional sobre aquellas decisiones recurridas, argumentación que sin requerir metodologías de proposición rigurosas, ni de formulismos preestablecidos, simplemente porque no existen, sí requiere de una argumentación jurídica y lógica sobre los medios de prueba, los preceptos normativos y las circunstancias fácticas controvertidas.



Lo anterior, ha sido ampliamente expuesto por la CSJ entre otras en la sentencia SL 4981-2017 en la que señaló que el ad quem debe limitar su estudio a los temas propuestos y sustentados en el recurso, excepto cuando se trata de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.

Estas consideraciones son el fundamento para afirmar, que si bien las motivaciones de inconformidad expuestas por el apoderado de la parte demandada en su recurso de apelación bastaron para que el *a quo* lo concediera desde el punto de vista formalista, en su argumentación realmente no atacó en ningún momento las razones del Juzgado, pues se limitó a decir que no estaba de acuerdo con *“las costas en lo relacionado a las agencias en derecho”*.

Lo anterior, para señalar que ninguno de los argumentos expuestos por el recurrente, en representación de la demandante son de recibo, pues no sustentó por qué no estaba de acuerdo con las costas del proceso o si su inconformidad radicaba en el monto de las agencias en derecho, por lo que no queda otro camino que declarar desierto el recurso de apelación, pues además, si en gracia de discusión se aceptara lo planteado por el apoderado de la parte demandada basta con decir que se confirma la condena en costas en los términos del numeral 1° del artículo 365 del CGP como quiera que fue vencida en juicio. Y que esta no es la oportunidad procesal para atacar el monto de las agencias en derecho.

Ahora, es necesario precisar que se equivocó la falladora de primera instancia cuando señala que envía el expediente no sólo para que se surta la apelación, sino también para que se conozca en grado jurisdiccional de consulta, como quiera que la demandada no es ni la Nación, ni el Departamento, ni el Municipio, ni es una entidad descentralizada en la que la Nación es garante; razón por la cual en el auto del 10 de diciembre del 2021 sólo se admitió el recurso de apelación, lo cual no mereció ningún reparo de las partes. Por tanto, queda en firme la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.



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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.
SALA LABORAL**

**PROCESO ORDINARIO No. 12-2019-647-01
ASUNTO: APELACIÓN AUTO
DEMANDANTE: JAVIER ALFONSO ORTIZ BLANCO
DEMANDADO: STEFANINI SYSMAN SAS**

**MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra el auto proferido por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, el día treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022), por medio del cual se declararon no probadas las excepciones de indebida representación y clausula compromisoria, dejando para sentencia la de prescripción. (Expediente Digital).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la parte demandada.

HECHOS

JAVIER ALFONSO ORTIZ BLANCO, presentó demanda en contra de **STEFANINI SYSMAN SAS** para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare que existió un contrato de trabajo desde el 1 de abril de 2003 hasta el 26 de mayo de 2018, que fue terminado en forma unilateral y sin justa causa. En consecuencia, solicitó indemnización por despido, prestaciones, vacaciones, horas extras, sanciones moratorias, indexación, reliquidación, extra y ultra petita, costas. (Expediente Digital)

Al contestar la demanda, se propusieron las excepciones previas mencionadas.

Mediante la providencia que hoy estudia la Sala la Juez de Primera Instancia decidió declarar no probadas las excepciones de indebida representación y cláusula compromisoria, dejando para decidir en sentencia la de prescripción considerando en síntesis que: *“... consideró que había discusión en las fechas de exigibilidad luego difirió la decisión de prescripción para la sentencia. En cuanto a la indebida representación por insuficiencia de poder ya que no se indica de manera clara en este lo denominado como comisiones. Frente a ello señaló que si bien el CGP señala que las pretensiones se deben determinar en el poder ello no es taxativo y revisado el poder se ve que el apoderado está facultado para reclamar las comisiones, dado que se faculta para reclamar reajustes dominicales, prestaciones, etc. conforme a ello de manera tácita se encuentran las comisiones pues se pide el reajuste del salario. Cita sentencias de la CSJ al respecto, En cuanto a la cláusula compromisoria, señaló que si bien se celebró un contrato de prestación de servicios y allí se pactó una clausula compromisaria, ello no es suficiente para que el Juez no asuma el conocimiento, pues solo es para un contrato de prestación de servicios y aca lo que se discute es un contrato realidad desconociendo dicho contrato, luego bajo el principio de primacía dela realidad no puede prevalecer esta cláusula,”*

Inconforme con esta decisión el apoderado de la demandante interpone recurso, afirmando que: *“ En cuanto a la prescripción señala que no es suficiente indicar que no existe certeza en las fechas porque el mismo apoderado indica que existen diferentes contratos justamente en el hecho segundo se indica un contrato, luego otros en otras fechas. En ese orden si es claro que se debe analizar el conteo sobre lo que se afirma y se acepta en la contestación en la que se niega una sola relación, luego la demandante y la demanda, aceptan varios contratos y*

se debe ver estas fechas, en cuanto a la indebida representación, se acude al art 74 del CGP que indica que los asuntos deben estar claramente identificados y el poder carece de claridad. En cuanto a la cláusula compromisoria es cierto que el demandante suscribió el contrato con la cláusula no indica que el contrato haya sido declarado nulo y que haya sido objeto de presión, luego no prevalece la norma sustancial porque el contrato fue suscrito libre no se ha declarado nulo. En cuanto las costas el art 365 del CGP regula lo concerniente a las costas en el numera 8, por lo que considera que no se causaron...”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS la sala resolverá los puntos planteados en el recurso esto es: i) prescripción, ii) indebida representación iii) clausula compromisoria y iv) costas.

i) De la prescripción

Sea lo primero recordar, que nuestro ordenamiento laboral regula totalmente lo relativo a la forma y oportunidad de resolver las excepciones previas, tanto en el artículo 32 del C P del T y de la S S, así como en el artículo 77 del mismo ordenamiento.

Desde ya advierte la Sala que la decisión de primera instancia será confirmada y la única razón es la expuesta por el Juez que el recurrente ignoró limitándose a exponer lo ya expuesto al interponer la excepción, es decir asegurando que nunca existió un solo contrato de trabajo sino varios, lo que dice el mismo apoderado de la parte actora reconoce,- lo que dicho sea de paso no es cierto, toda vez que en aunque los hechos describe varios contratos suscritos; lo que pide es la declaración de uno solo-; olvidando también que estos son solo sus afirmaciones y que es necesario adelantar el juicio para establecer si le asiste razón o si por el contrario la tiene la parte actora que asegura que lo desarrollado fue un contrato de trabajo desde el 1 de abril de 2003 hasta el 26 de mayo de 2018, otra afirmación que requiere de prueba y desde luego de un juicio. De manera que es básico para poder resolver como previa la excepción de prescripción en materia laboral remitirse al artículo 32 del C P del T y de la S S, que expresa:

El juez decidirá las excepciones previas en la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio. **También podrá proponerse como previa la excepción de prescripción cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión...”**

Enseña de manera clara el artículo: i) el momento en que se deciden las excepciones previas y las mixtas, - esto es aquellas que, aunque no atacan la forma del proceso, sino el fondo del asunto, - esto es en la audiencia del art 77 del C P del T y de la SS, que son la prescripción y la cosa juzgada y ii) el requisito para que la excepción mixta pueda resolverse como previa, esto es que no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión.

Salta a la vista en este caso que existe una discusión en cuanto a las fechas en que se desarrolló el contrato, si fue uno si fueron varios y por tanto lo controvertido sin duda implica desde luego cualquier exigibilidad de acreencias laborales. Se reitera esa es la controversia justamente y por tanto no puede resolverse como previa la excepción, sino como de fondo en la sentencia y eso fue lo que hizo el Juez **diferir su decisión, es decir aún no la ha resuelto, luego los argumentos del recurso carecen de fundamento, no solo jurídico sino fáctico. De manera que como acertadamente decidió el Juez, surge necesario y elemental** adelantar el juicio, para determinar todos esos aspectos controvertidos, para decidir si están prescritos o no, razón por la que se reitera una vez más. solo puede resolverse como de mérito y en la sentencia, pues es eso de su esencia dado el carácter mixto de la excepción.

ii) **De la indebida representación.**

Aduce el recurrente que según el artículo 74 del CGP, los asuntos deben estar plenamente identificados lo que no sucede en este caso.

Sea lo primero advertir que si bien el artículo 74 del CGP nos enseña que en el poder especial los asuntos deben estar determinados y claramente identificado; no se puede llegar al rigorismo de exigir que se haga un listado preciso de las más mínimas pretensiones incoadas, sobre todo cuando se trata de un proceso laboral, que contiene normas de orden público, pues se trata de relaciones de trabajo, lo que hace que sea eminentemente tuitiva, ya que se trata de hacer efectivos el

mínimo de derechos y garantías que se consagran en las normas de esta especialidad.

Es por ello que no solo debe analizarse este artículo, sino también el artículo 77 del mismo CGP que señala en su inciso segundo: **“El apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante”** y es por eso que de vieja data se ha sostenido por este Tribunal, que incluso basta con señalar que se otorga poder para un proceso ordinario laboral: pues con ello se faculta a solicitar todo lo que beneficie al poderdante. Es más, un análisis más detenido de la norma indica que esta es supletoria, pues si en el poder no se indica que el apoderado puede solicitar medidas cautelares, por ejemplo, habrá de entenderse que está insita en el poder conferido esta facultad. (Inciso primero art 77 CGP); así como y solo para abundar en razones, que, si no se señaló expresamente que el apoderado puede adelantar actos preparatorios, o realizar actuaciones posteriores a la sentencia, o cobrar ejecutivamente en proceso separado las condenas, etc., está facultado, por mandato de la ley para hacerlo, incluso también debiendo el Juez imprimir el trámite que legalmente corresponda cuando se ha señalado mal en el mandato, luego no podía llegarse al extremo de decir que si no se menciona de manera expresa que se faculta para cobrar comisiones, como pretende el recurrente, ello constituya una indebida representación, sin que sobre recordar para corroborar lo dicho que en materia laboral, el Juez puede fallar por fuera de lo pedido en la demanda. (Art 50 C P del T y de la SS); sin que sobre señalar que un excesivo rigorismo, como lo entiende el recurrente, nos hace recordar el aforismo latino *Summun ius, summa iniuria*, el que paladinamente significa que el excesivo apego a las formas, causa injusticia, por lo que la decisión del Juez resulta muy acertada.

iii) De la cláusula compromisoria

Afirma el recurrente que, en un contrato, se pactó la cláusula y que este no ha sido declarado nulo, unido a que fue firmado libremente, olvidando que, aunque suscritos, que justamente lo que se solicita en este proceso es **declarar que existió un contrato de trabajo, bajo el principio del contrato realidad, luego solo después de adelantar el juicio, determinará el Juez si en verdad eso fue lo que existió como afirma la parte demandante o si se por el contrario la validez del contrato sostenido por la demandada y en consecuencia de la cláusula. Dicho en otra forma, aunque suscritos, lo que se persigue es declarar que no existieron y desde luego ninguna de sus cláusulas tampoco.**

En consecuencia, se itera por cuanto la cláusula se encuentra contenida en un contrato y mediante la presente demanda el trabajador pretende desvirtuar la validez de dicho pacto, entre otras razones, teniendo en cuenta el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, como señaló el Juez, es imposible predicar su existencia, como pretende el recurrente nuevamente basado en sus afirmaciones, la cuales deben ser objeto de pruebas para su posterior definición.

En efecto entonces, para la Sala la validez de la cláusula compromisoria depende a la vez de la validez del contrato que resulta discutido, pues se itera si a través del procedimiento ordinario, rebate precisamente la validez y realidad de su vinculación de esa forma, argumentando que ostenta una relación regida por todas las características de un contrato de trabajo, rebate igualmente la validez de cláusulas como la discutida, entre otras razones porque no puede un árbitro, establecer la existencia de una relación laboral, ya que las controversias a que se refieren estas cláusulas no pueden ser de cualquier clase, sino las que precisamente surgen de la naturaleza del vínculo y si se tiende precisamente a controvertir la naturaleza del vínculo que le da validez a la cláusula compromisoria, es natural que no se desplace la jurisdicción ordinaria laboral y la cláusula no sea aplicable.

iv) **De las costas**

Afirma el recurrente que según lo establecido en el art 365 del CGP, las costas no se causaron, citando el numeral 8 de la norma, olvidando que justamente en el numeral 1 de la norma se dispone:

*“Se **condenará en costas** a la parte vencida en el proceso, o a quien se le **resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica anulación o revisión que haya propuesto.***

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.”

De manera, que sin duda aparecen causadas y comprobadas en las dos instancias, por lo que confirmará la decisión de primera instancia al respecto contrario a lo solicitado por la pasiva en alegaciones, así como en cada una de sus partes y se imponen costas de instancia a la parte recurrente.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

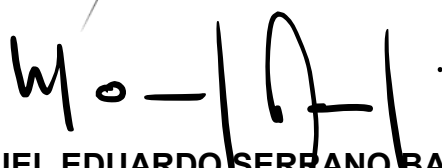
PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado, por las razones expuestas.

SEGUNDO: COSTAS. A cargo de la parte que recurre.

Las Partes serán notificadas por EDICTO, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

De acuerdo con lo establecido en los arts 365 y 366 del CGP, inclúyase en la liquidación de costas la suma de un salario mínimo legal vigente a cargo de la parte recurrente.



MARLENY RUEDA OLARTE

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Bogotá
SALA LABORAL**

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

ORDINARIO No. 12-2019-730 -01

ASUNTO: APELACIÓN DE AUTO

DEMANDANTE: EDGAR ANOTNIO ORTIZ BAUTISTA

**DEMANDADO:EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE
BOGOTÁ SA ESP ETB**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido por la Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá, el día veintiséis (26) de julio de dos mil veintidós (2022), por medio del cual se negó el decreto y practica de una prueba.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la parte demandada, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

HECHOS

El señor **EDGAR ANTONIO ORTIZ BAUTISTA**, instauró demanda en contra de **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ SA ESP ETB** para que

mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare, que entre las partes existió un contrato de trabajo terminado en forma unilateral y sin justa causa. Solicita se declare nulo el despido y en consecuencia se reintegre al cargo, salarios, prestaciones, aportes costas. En forma subsidiaria solicita indemnización por perjuicios materiales y morales, indexación y costas. (expediente Digital).

La Juez de instancia, durante la audiencia consagrada en el art 77 del C P del T y de la S S, la Juez negó las pruebas que en la audiencia la parte actora pretendió anexar; (historia clínica del demandante), por no ser el momento procesal oportuno, porque esas debieron hacerse en la demanda y que no hubiesen sido incorporadas por la apoderada inicial no significa que puedan ahora incorporarse, tampoco se decretaran de oficio.

Inconforme con esa decisión el apoderado de la demandante, interpuso recurso de apelación afirmando que: "... solicita en virtud de la primacía de la verdad material y por ser un hecho que debe probarse sin que la apoderada lo haya hecho inicialmente, solicita que el juez lo haga de oficio porque esa prueba es la columna vertebral, de la argumentación probatoria ya que se trata del estado de salud en que se encontraba el demandante cuando fue despedido, por eso es importante la historia y sería injusto que por un error de la apoderada no se incorpore, máxime cuando en laboral se tiene la facultad de fallar extrapetita..." Agregó luego de que la Juez le diera esa oportunidad, que no es culpa del demandante, no haber presentado la prueba ni en la demanda ni en la reforma y que el traslado a la demandada se podría hacer en la audiencia y no se violaría el debido proceso, por eso se solicita que se observe la historia clínica porque allí se prueba que el despido obedeció a una enfermedad del trabajador; y el demandante no tiene porque "cargar" con los errores del apoderado. Insiste en que el Juez puede fallar extra y ultra por eso insiste en la prueba, pues prima la realidad material.

La Juez no repuso la decisión, pues encontró que en ninguna parte de la demanda se menciona estabilidad laboral reforzada, luego no es esta la etapa para aportar pruebas, de acuerdo con el art 25 del C P del T y de la S S, esto es las que se piden en la demanda. Agregó que la demanda fue reformada que se pidieron otras pruebas y en ninguna de ellas se pidió la prueba que en audiencia se pretende aportar, siendo que esta nada tiene que ver con la demanda y ello además implicaría una ampliación en la fijación del litigio y una violación del derecho de defensa ya que la demandada no tendría oportunidad de controvertir una nueva pretensión.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A de C P DEL T y de la S S la Sala resolverá el recurso, anunciando desde ya que el auto será CONFIRMADO. Veamos las razones.

Sea lo primero recordar, que acorde a lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez dirigirá el proceso en forma que garantice su rápido adelantamiento, sin perjuicio de la defensa de las partes. **Por su parte el artículo 53 ibídem lo faculta para rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito o desde luego aquellas que no se solicitan en las oportunidades procesales pertinentes esto es, demanda, contestación, sin olvidar las facultades oficiosas del Juez en aras del esclarecimiento de los hechos.**

Y es que en ese sentido le asiste razón a la Juez, cuando insiste en que las pruebas, no solo deben aportarse en el momento procesal oportuno; sino que no puede el juez, **ni siquiera bajo la consideración de facultades oficiosas; suplir las cargas y responsabilidades de las partes** y menos aún corregir las falencias en las que según lo afirmado por el nuevo apoderado, incurrió su antecesor; ni siquiera bajo el argumento de la verdad material como aduce el recurrente, pues el proceso tiene un orden que evidentemente se dirige a garantizar el derecho de defensa y las demás garantías de las partes.

Claro entonces resulta que no son las partes las que determinan el momento procesal en que se deben solicitar las pruebas, de manera que no podía la parte actora solicitar una **nueva prueba en la audiencia del art 77 del C P del T y de la S S**, sencillamente porque la Ley no lo contempla así y no por capricho, sino porque ello sorprendería a la parte demandada y menos aun cuando ni siquiera se relaciona con una pretensión de la demanda, aceptarlo sería ampliar además la posibilidad de reformar la demanda, convirtiendo el proceso en un caos, como el que generaría que en esa audiencia como pretende el recurrente se discuta esa nueva pretensión y prueba, llegando incluso entonces a realizar una dos y cuatro audiencias, que no es se itera, lo que contempla la Ley.

Es claro que de acuerdo con lo establecido en el art 25 del C P del T y de la S S el momento procesal para solicitar las pruebas para la parte actora **es la la demanda, incluida la reforma** y si la parte no lo hace, no puede el Juez bajo el argumento de la prevalencia del derecho sustancial, dar oportunidad para que se soliciten otras, entre otras razones se insiste porque ello sorprendería a la otra parte.

Vale decir entonces que no puede la demandada desconocer, los momentos procesales, bajo el argumento de errores de otro apoderado, pero menos aun con ese argumento reformar la demanda en esta audiencia, pues eso es lo que se pretende incluyendo pretensiones que no se presentaron.

En ese orden se itera, no está permitido en la Ley ni aportar pruebas, ni ampliar el debate o las pretensiones el día de la audiencia, cuando evidentemente ya no es oportuno, esta fuera de la etapa procesal, y no se encuentra soporte alguno para considerarlo así, pues las facultades extra y ultra petita consagradas en el artículo 50 del C P del T y de la SS, no lo son; como equivocadamente sostiene el recurrente, toda vez que y no sobra recordarlo, no todo puede ser ordenado bajo esta facultad; únicamente **salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos a los pedidos o cifras mayores a las solicitadas**, luego solo en el juicio se determinara si se dan las condiciones para que el Juez las ejerza.

Por lo expuesto como ya se anunció se CONFIRMA la decisión de primera instancia.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, por conducto de la Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO


LORENZO TORRES RUSSY



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 10-2017-00508-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MANUEL GÓMEZ AVILA

DEMANDADO: AFP PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 05 de agosto del 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante.



ANTECEDENTES

El señor MANUEL GÓMEZ ÁVILA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral contra PORVENIR S.A. con el fin de que SE DECLARE que tiene derecho a que la demandada le reconozca y pague el retroactivo pensional desde el 01 de marzo del 2012 fecha en la que cumplió los 62 años de edad y ya contaba con el capital necesario para financiar su pensión de vejez en los términos establecidos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y hasta el 12 de septiembre del 2016 fecha de pago de la primera mesada pensional. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada al pago de las mesadas dejadas de pagar desde el 01 de marzo del 2012 al 12 de septiembre del 2016, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 59).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que cotizó al Sistema de Seguridad Social en Pensiones desde el 01 de enero de 1980 hasta septiembre del 2008 a través de los empleadores Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, el Municipio de Ramiriquí; la Lotería de Boyacá, la Contraloría General de Boyacá, la Organización Cooperativa de Transporte Los Delfines, Centro Integrado de Servicios, la Cooperativa de Trabajo Asociado C.I.S.S.; que nació el 01 de marzo de 1950, por lo que cumplió los 62 años el mismo día y mes del año 2012; que el 23 de abril del 2012 radicó ante el extinto HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS la solicitud de reconocimiento pensional por haber cumplido los requisitos establecidos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993; que BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS mediante oficio EPJTP-12-3328 calendado el 09 de julio de 2012 informó al actor que una vez efectuados los cálculos actuariales respectivos se pudo establecer que no acumuló en su cuenta de ahorro individual el capital suficiente para financiar la pensión de vejez y que no tiene derecho a bono pensional; que BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS mediante carta del 29 de agosto del 2012 le



informó que requerirá al empleador CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO en Liquidación con relación al reconocimiento de los tiempos laborados por el actor y manifestó que en reiteradas oportunidades ha requerido al Municipio de Ramiriquí, sin obtener una respuesta satisfactoria a sus peticiones; que mediante comunicación del 14 de febrero del 2013 BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS le informó que con relación a su proceso dicho fondo procedió a solicitar certificación con el empleador TESORERIA MUNICIPAL DE RAMIRIQUÍ por lo que los tiempos ya se encuentran incluidos dentro de la historia laboral general generada por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de hacienda y Crédito Público quedando pendiente la respuesta por parte del empleador CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO; que el actor el 18 de febrero del 2013 radicó ante BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS la recuperación de aportes a pensión que fueron realizados erróneamente a COLPENSIONES por la empresa “Centro Integrado de Servicios y Cooperativa de Trabajo Asociado C. I. S.S. LTDA” durante el lapso comprendido entre el 01 de febrero del 2005 al 30 de septiembre del 2008; que el 11 de marzo del 2013 el actor allegó ante BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS oficio tramitado por él ante la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación con el objetivo de corregir los yerros en la certificación laboral HL 0169 de enero 26 de 2007 que según comunicación de la AFP el 29 de agosto de 2012 la certificación no cumplía con las especificaciones del literal c) Inciso 4 del artículo 48 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 20 del Decreto 1513 de 1998; que el actor el 18 de abril del 2013 solicitó ante BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS reconsiderar y liquidar su pensión de vejez adjuntando formato diligenciado y firmado para que la modalidad de su pensión fuera la de retiro programado; solicitud a la que se le dio respuesta mediante oficio N° EPJTP 12-3328 de manera negativa señalándole que no cumple con el número de semanas exigidas por la ley, ni tampoco acumula el capital necesario para financiar dicha pensión; la AFP HORIZONTE mediante oficio EPJTP 13-9268 del 09 de octubre del 2013 le informó al actor que en relación con su solicitud de reconsideración el estudio no ha podido ser culminado, toda vez que se encontraban a la espera del reconocimiento y pago del bono pensional por parte del Municipio de Ramiriquí; que el actor el día 15 de enero de 2014 radicó ante PORVENIR derecho de petición en el cual



solicitó pronunciamiento frente a su caso, toda vez que habían transcurrido 2 años desde que había radicado la solicitud de pensión; que el 18 de febrero de 2014 radicó ante la Procuraduría General de la Nación derecho de petición en el cual solicita un acompañamiento formal para que el Municipio de Ramiriquí dé trámite a las reiteradas peticiones encaminadas al reconocimiento del valor del Bono Pensional a que tiene derecho por la vinculación laboral con dicha entidad; que el 11 de marzo del 2014 solicitó a PORVENIR que diera respuesta a su solicitud radicada bajo el número 01065010097137 del 15 de enero del 2014; que el 20 de marzo del 2014 PORVENIR dio respuesta al radicado 01065010097137 mediante oficio N° 02044001024847000 en el cual informa que la historia laboral oficial no pudo ser tramitada ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, toda vez que faltó diligenciar algunas casillas, por lo que solicita nuevamente la historia laboral del actor, la cual es obligación del fondo tener y tramitar; que el 02 de abril de 2014 se radica ante PORVENIR declaración juramentada de información y se anexó la liquidación provisional de su Bono Pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – oficina de bonos pensionales de fecha 19 de marzo del 2014; que el 10 de junio de 2014 el Municipio de Ramiriquí Boyacá profirió Resolución N° 163 por medio de la cual se reconoce y autoriza pago de una cuota parte de bono pensional y reconoce a favor de PORVENIR S.A. la suma de \$15'531.658; Resolución que fue debidamente allegada a PORVENIR S.A. con Radicado N° 0106501010004400 de fecha 16 de junio de 2014; que PORVENIR mediante oficio N° 0200001126489600 del 22 de diciembre de 2015 por medio del cual da cumplimiento a un fallo de tutela emitido por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Oralidad de Tunja luego de una acción de tutela instaurada por el actor tendiente a que la entidad diera respuesta a su solicitud; que el actor el 10 de febrero de 2016 mediante derecho de petición solicitó a la AFP PORVENIR informe sobre lo actuado por el Municipio de Ramiriquí; que el Municipio de Ramiriquí profirió Resolución N° 013 del 16 de febrero del 2016 por medio de la cual reconoce y autoriza el pago de una cuota de parte de bono pensional a favor del demandante y por valor de \$15'529.095; que Porvenir mediante oficio N° 0200001136625200 del 16 de septiembre del 2016 comunicó al actor que su solicitud de pensión había sido aprobada; que el demandante el 15 de mayo del 2017 radicó ante PORVENIR solicitud de reconocimiento y pago del retroactivo pensional; que PORVENIR mediante



oficio N° 02074122025030100 de fecha 22 de mayo de 2017 no accedió a lo solicitado. (fls. 59 reverso a 61 reverso).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos negó el 1, 1.1, 1.3, 1.4, 1.5, 2, 3, 4, 5, 7, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17 y 22; manifestó no constarle el 6 y 12 y, aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de obligación a cargo de la demandada de pagar el retroactivo pensional al demandante, cobro de lo no debido, incumplimiento de los requisitos legales para acceder al pago de la prestación, prescripción, buena fe, compensación y cobro de lo no debido. (fls. 79 a 96).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a pagar al demandante MANUEL GÓMEZ ÁVILA como PENSIÓN PROVISIONAL de conformidad al art. 21 del Decreto 656 de 1994, la cual está a cargo de la demandada de su propio patrimonio, y pagar el retroactivo por el período comprendido entre el 15 de mayo del 2014 al 31 de julio de 2016, en cuantía de salario mínimo mensual vigente de cada anualidad suma que asciende a la suma de \$18'438.735 de conformidad a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a pagar al demandante MANUEL GÓMEZ ÁVILA los intereses moratorios del



artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre el valor de cada mesada pensional desde la fecha de causación de cada mesada pensional hasta la fecha efectiva del pago, de conformidad a la parte considerativa de la presente providencia.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuestas por la parte demandada, como se indicó en la parte considerativa de la presente providencia.

CUARTO: SE CONDENA en costas con cargo de la parte demandada a favor de la parte demandante, tásense e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$2'500.000”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que de las pruebas allegadas al presente proceso se observa que la demandada fue permisiva y no cumplió con la obligación de diligencia y cuidado que debe tener por ser una entidad encargada del reconocimiento pensional y al tener a su cargo el trámite del bono pensional, por lo que debemos acudir a los planteamientos expuestos por la Corte Suprema de Justicia, el cual indica que las administradoras que incumplan los plazos para el reconocimiento de una pensión deberá pagar una pensión provisional la cual deberá reconocerse a partir del 15 día hábil contado desde el vencimiento del plazo otorgado para pronunciarse y deberá pagarla hasta el momento en el cual se efectúe el correspondiente pronunciamiento, al igual que cuando no existan recursos suficientes para asumir el pago de una pensión por falta oportuna de la presentación de la solicitud a la oficina de bonos pensionales o de las solicitudes de las garantías mínimas estatales o de las solicitudes de diferencias a cargo de las compañías aseguradoras, deberán reconocer pensiones provisionales con cargo a sus propios recursos en todos aquellos casos cuando el afiliado no cuenta con los recursos necesarios para acceder a su pensión por la falta de cuidado oportuno y adecuado de sus obligaciones como administradora. Que de las pruebas no se ve que el actuar de la demandada haya sido diligente, por el contrario, dejó que el derecho pensional del actor quedara de manera indefinida a la voluntad de las entidades encargadas del bono pensional, por lo que ordenó reconocer la pensión



provisional hasta la fecha en que PORVENIR le reconoció la pensión al actor. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas con anterioridad al 15 de mayo del 2014. Condenó al pago de intereses moratorios sobre cada una de las mesadas pensionales desde su causación hasta que se efectúe su pago. Se absuelve de la indexación por no ser concomitante con los intereses moratorios.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que considerando que dentro de las manifestaciones que el Despacho tuvo para proferir la condena que se ataca con este recurso analizó y consideró que PORVENIR si bien había manifestado en las cartas que le había dado a conocer al demandante que había hecho requerimientos a las entidades tanto al emisor como a los contribuyentes del bono pensional pero que no había podido determinarse una vez hecha la lectura de algunos reportes de la OBP donde dice que había un archivo de respuesta al no poder determinar cuál era ese archivo no era posible saber con seguridad cuales eran los requerimientos que había efectuado mi representada para la consecución de la historia laboral y posterior emisión del bono pensional del actor, sin embargo, solicita se tenga en cuenta que el aplicativo de la OBP está dispuesto para que se realicen los trámites, se suba la historia laboral de las entidades ya sea emisor o contribuyente, y por tanto, las actuaciones que se hacen allí, pues no son actuaciones que quedan en documentos como si puede ser un requerimiento a las emisoras o a los contribuyentes; estos son requerimientos que se hacen y siempre se actualizan en el momento en que un afiliado se traslada a un fondo que este administrado por el RAIS y que se hacen actualizaciones constantes, por ello es, que porvenir no puede en el caso del demandante demostrar todos los requerimientos que se han hecho o las solicitudes de liquidaciones provisionales de los bonos desde que el actor se trasladó, pero esto no quiere decir que las gestiones no se hayan hecho, pues como se puede leer en todos los oficios que se han hecho con todas las entidades que concurren al pago del bono, pues allí se



mencionan incluso las respuestas de estas que PORVENIR antes AFP HORIZONTE en ese momento cuando se realizaron las gestiones había realizado todos los requerimientos posibles y requerimientos que se hacen en el aplicativo en lo que tiene que ver con la solicitud.

Indica que también por mandato de la ley o regulaciones del ministerio de hacienda deben hacer las actualizaciones y marcaciones todo dentro de un aplicativo pero no en un documento que se diga que se hace la marcación que se pueda tener como consolidada una historia laboral o una vinculación laboral. Que igualmente indica el Despacho que las firmas que había hecho el demandante de las historias laborales no mostraban la lectura de un oficio que les envió porvenir al mismo actor en el mes de agosto del 2014 que había cambiado el valor o la fecha de corte del bono, ni las impresiones del aplicativo de la OPB se evidenciaba que se había hecho un cambio pequeño del valor bruto del bono pensional esa situación no se probaba y por lo tanto la información que allí se le estaba dando al demandante no era una razón para que este volviera a firmar esa historia laboral, sin embargo quisiera que tuvieran en cuenta que para la consecución o emisión de un bono pensional no se requiere una única firma es decir una única firma en la solicitud o reclamación del bono pensional sino que esta firma de hecho se puede generar antes de que se reclame la pensión porque las cuestiones para el bono pensional se hacen antes de que la persona cumpla la edad que determina la ley que tiene que obtenerse el bono pensional de ahí que puedan haberse presentado muchas firmas de la historia laboral porque esa consolidación no está a cargo de su representada sino de las personas con las cuales el demandante tuvo su vinculación laboral.

Que también considero el Despacho como otra razón importante para proferir la condena que PORVENIR había tenido un actuar negligente y que había sido permisiva porque se había limitado a enviar las cartas pero tenía a su alcance acciones como la acción de tutela o las medidas disciplinarias que no se habían acreditado que se hubieran realizado, sin embargo también quisiera que se tuviera presente lo que al respecto dice el decreto 1748 de 1995 en cuanto a que si bien los fondos están obligados a tramitar para el demandante en este caso o para el afiliado la obtención del bono



para su posterior redención y posterior pago del mismo no dice que el bono tenga que obtenerse sino que los fondos tienen que hacer todas las gestiones que la ley les exige y la ley pues no permite no obliga que se deban iniciar acciones judiciales distintas situación que puede ocurrir en donde si obliga a realizar las gestiones administrativas con la omisión de los pagos de aportes pero en lo que tiene que ver con el bono pensional pues los fondos tienen que hacer todas las actuaciones y de allí que tengan estar atentas es una obligación de resultados y no de medios lo que indica que en el caso del demandante mi representada cumplió con las obligaciones que tenía por ley y ello significa que cumplió al momento de reconocer la pensión en septiembre del 2016 cuando por fin se había acreditado que en la cuenta de ahorro individual se cumplía lo establecido por el artículo 64 y 68 esto es que el capital fuera suficiente para el financiamiento de la pensión una vez hubiera ingresado el valor del bono pensional del demandante del cual ya se ha dicho y se ha demostrado no había sido posible obtenerlo con anterioridad, en tanto que, los contribuyentes tenían problemas para el reconocimiento de la misma y de la historia laboral no era posible que ellos lo hubieran acreditado e insisto esta situación no se genera o no se puede generar la emisión del bono, es decir, hacer la marcación en el aplicativo de la OPB para solicitar la emisión del bono pensional y por ende no se tenía el valor del mismo de allí que cuando se le rechaza la prestación se le indica inclusive que en ese momento tenía derecho únicamente a una devolución de saldos reitero esta situación por cuanto también dentro de las consideraciones se ha manifestado que mi representada no tuvo en cuenta esos aportes que había tenido y que se había mencionado al demandante que le aplicaba únicamente la devolución de saldos pero recordemos que precisamente este título se genera cuando las personas han estado cotizado al extinto seguro social o a las cajas como ocurre en el caso del demandante que estuvo cotizando a la caja de crédito agrario industrial y minero porque estos aportes que hacen o estas semanas que trabajaron las personas y cotizaron a entidades que ya se encuentran extintas cajas o al seguro social solo se van a ver reflejadas hasta que se consolide la historia laboral y es un trámite que se hace con la entidad por eso es que en el caso del demandante esta entidad o la encargada de cotizar los períodos y de hacerse cargo de esa cuota parte del bono, pues no lo certificaba de esa manera es que si se



hubiese consultado con el aplicativo de la OBP al momento que se reclama que fue evidentemente lo que sucedió en el 2012, pues no existían semanas en el RPMPD y con posterioridad cuando ya se empieza a recibir las respuestas de estas otras entidades es que se puede tener certeza por parte de horizonte hoy porvenir que el demandante pues tenía derecho a un bono pensional; que efectuados los cálculos pues llegarían a permitirle disfrutar de una pensión y en ese sentido Honorables Magistrados se ha indicado en la sentencia de primera instancia cuando se ordena condenar que con esta información se evidencia que el valor de la pensión o el saldo mínimo que tenía el demandante con la documental que se aportó con el requerimiento del Despacho en su momento necesitaba un capital mínimo de \$192'000.000 pero que al revisar esta información analizada por el Despacho permite establecer entonces que en el año 2014 – 2015 el capital que tenía al ser años anteriores era menor a \$196 millones entonces bajo esa misma perspectiva y conforme a ese documento donde se leía que era necesario \$129'millones para conceder la pensiones, pues si era posible que porvenir concediera la pensión en esa situación, no obstante lo pueden verificar en la relación de movimientos el bono pensional del demandante es decir los pagos que se empiezan a recibir del bono pensional por parte del contribuyente la nación se generó en junio del 2016 lo que significa que para el año 2015 y 2014 momento desde el cual se ordena que se pague el retroactivo pensional pues no estaba el valor del bono pensional por las situaciones anteriormente anotadas en el presente recurso y lo que quiere decir que no podía reconocerse la pensión bajo el análisis del artículo 64 y 68 y por ultimo honorables magistrados en lo que tiene que ver con el artículo 21 del decreto 656 del año 1994 que fue señalado en la sentencia del HM Fernando castillo cadena quisiera que tuvieran en cuenta que esta situación se presenta cuando se pueda reconocer una pension con el saldo que obra en la cuenta de ahorro individual del afiliado eso se presenta cuando tenemos una solicitud de un reconocimiento de una prestación de vejez bajo la modalidad de garantía de pension mínima es decir porque la ley 100 la consagra los decretos que han regulado esta prestación permiten que se empiece a pagar la prestación de vejez bajo la modalidad de garantía de pensión mínima cuando se tiene emitido el bono pensional y existe el reconocimiento con la redención posterior del bono pensional situación que



no es la que se presenta con el caso del actor porque el caso del demandante no se analizó bajo una pensión mínima sino una pensión normal y en esa medida la interpretación que tiene esta jurisprudencia no es aplicable en este caso porque no se puede reconocer porque estamos hablando de dos pensiones distintas en el RAIS y no una sola prestación por lo tanto el reconocimiento y la condena que se ha hecho de que se tenga que pagar con cargo al patrimonio por el periodo del 15 de mayo del 2014 al 31 de julio del 2016 pues no le aplica la normatividad que fue interpretada en la aludida jurisprudencia y por lo tanto al únicamente estudiarse bajo una pensión mínima no cobija el caso del demandante y por lo tanto lo que procede es la revocatoria de la decisión de primera instancia por cuanto como se ha indicado al momento en que el demandante reclama la pensión inclusive en el momento en que el despacho condena a pagar la pensión aún no se encontraba pagado o en la cuenta del actor el valor del bono pensional por lo tanto no tiene el derecho al reconocimiento de la pensión bajo lo normado en el artículo 64 y 68.

Manifiesta que en caso de que no se revoque la decisión solicita que se revise lo atinente a la prescripción que se tuvo en cuenta por el despacho y las fechas allí señaladas en las que declaro parcialmente probada la excepción de prescripción a favor de la representada y también si se confirma la decisión de condenar al pago de las mesadas pensionales que se revoque lo referente a los intereses moratorios porque la jurisprudencia ha dicho que estos intereses no se aplican o no se condenan mirando si hubo o no buena fe o mala fe sino se aplican de manera inmediata cuando no se reconoce la prestación pero allí la jurisprudencia también nos ha indicado que se proceden cuando no se reconoce la prestación caso diferente el demandante porque la prestación se le reconoce pero distinto es que este reclamando un retroactivo pensional y bajo ese señalamiento procedería que debiera pagar la idnexacion de las mismas en caso de que se confirme más no los intereses moratorios. Hay que tener en cuenta que porvenir no tiene la cuenta del demandante porque suscribió la renta vitalicia desde el año 2017 con seguros de vida alfa entonces no hay saldo en cuenta para que se puedan pagar intereses moratorios.



CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el artículo 66A del C. P. del T. y de la S. S. la Sala resolverá los puntos de inconformidad planteados en el recurso de apelación formulado por la parte demandada.

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala consiste en ¿establecer si le asiste derecho al demandante a que la entidad demandada le reconozca la pensión provisional junto con los intereses moratorios conforme lo ordenó la falladora de primera instancia?

Con lo cual no está de acuerdo el fondo demandado como quiera que su inconformidad gravita en torno a que no es procedente la condena impuesta dado que no contaba con el bono pensional, quedando en cabeza de la entidad de seguridad social el pago de una pensión sin el capital suficiente conforme lo dispone el artículo 68 de la Ley 100 de 1993.

Para resolver el problema jurídico, debemos remitirnos al artículo 21 del Decreto 656 de 1994 *“Por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones”* en el cual se establece lo siguiente:

“Las administradoras que incumplan el plazo establecido para pronunciarse respecto de una solicitud de pensión deberán pagar, con cargo a la respectiva cuenta individual de ahorro, una pensión provisional en favor del afiliado, calculada tomando en consideración los mismos criterios establecidos para la determinación de la mesada pensional a través de retiros programados. Esta pensión comenzará a reconocerse mensualmente a partir del día quince (15) hábil contado desde el vencimiento del plazo señalado para pronunciarse y deberá pagarse hasta el momento en el cual se efectúe el correspondiente pronunciamiento.

*Del mismo modo, **cuando no existan recursos suficientes para atender el pago de una pensión por falta de presentación oportuna de las solicitudes de pago de bonos pensionales, de las solicitudes de pago de las garantías mínimas estatales o de las solicitudes de pago de las diferencias a cargo de las compañías aseguradoras, por razones imputables a las administradoras, éstas deberán reconocer a los respectivos pensionados pensiones provisionales, con cargo a sus propios recursos.***



En general, corresponderá a las administradoras asumir pensiones provisionales con cargo a sus propios recursos en todos aquellos casos en los cuales el afiliado no disponga de la totalidad de las sumas a que tendría derecho para atender su pensión por falta de cumplimiento oportuno y adecuado de sus obligaciones por parte de la administradora.

Parágrafo.- *Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las demás sanciones personales e institucionales que puedan imponerse por el incumplimiento de las correspondientes obligaciones señaladas en el presente capítulo.” (negrilla y subrayado fuera de texto)*

Por su parte, el artículo 22 ibidem indicó que:

En aquellos casos en los cuales se demuestre responsabilidad de la administradora en el retardo en pronunciarse respecto de una solicitud de pensión, la Superintendencia Bancaria ordenará el reembolso de las respectivas cuentas con cargo a los recursos de la entidad responsable.

En aquellos casos en que demuestren ante la Superintendencia Bancaria que las demoras en la presentación de las solicitudes de pago de bonos pensionales, de garantía de pensión mínima o de diferencias a cargo de las compañías aseguradoras no les son imputables, la superintendencia podrá autorizar su reembolso con cargo a los pagos que se reciban una vez presentadas aquellas.

Este tema fue estudiado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 3127 del 03 de agosto del 2022 en la cual recordó lo siguiente:

“Bien se conoce que, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, es requisito esencial para acceder a la pensión de vejez, que el afiliado posea en su Cuenta de Ahorro Individual -CAI- un capital que efectivamente le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, claro está, en armonía con lo dispuesto en el artículo 35 del mismo estatuto, concerniente a la pensión mínima. también se ha explicado que la determinación del acceso a la prestación en comento debe ser efectuado con total observancia de las normas que consagran la manera de realizar su cálculo.”



Adicionalmente en las sentencias SL 5658-2021 y SL 2686-2021 se reiteró lo adoctrinado por la Corte en la sentencia SL 2512-2021 señalando que:

“...la determinación del capital necesario o saldo mínimo de pensión para acceder a la prestación de vejez, debe hacerse con estricto seguimiento de las normas que consagran como hacer este cálculo, incluyendo las variables a tenerse en cuenta, por ejemplo, las tablas de mortalidad, la existencia de beneficiarios del afiliado y su expectativa de vida. Esto para significar que no existe un monto preestablecido y que dependerá, en cada caso particular, de las condiciones personales y familiares del solicitante para encontrar cual es el monto requerido para el acceso a la prestación.

[...] el fundamento del artículo 64 de la Ley 100 de 1993 es, precisamente, que se reconozcan pensiones con recursos suficientes para su financiación, en el entendido que es una prestación a largo plazo y con alta probabilidad de ser sustituida en cabeza de los beneficiarios de segundo orden del afiliado».

A lo discurrido se suma que, acorde con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, tanto el reconocimiento de la prestación, como el monto de la mesada pensional, deben guardar correspondencia con lo acumulado en la CAI, toda vez que, una interpretación que escinda del cálculo para acceder al beneficio pensional el valor de la mesada a cancelar, conduce al acceso de la prestación sin el lleno de los requisitos de ley y, esto, por repercusión, golpeará los recursos que en el tiempo permitan el pago de la misma.”

También expuso la Corte en la providencia SL 3127 del 03 de agosto del 2022 que:

“Ahora bien, esta Corporación también ha dejado por sentado, en lo tocante al bono pensional, regulado en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, que representa el valor de los tiempos de servicio o cotización de un trabajador que se traslada de régimen y que en el R.A.I.S., se denomina bono tipo A, el cual para su consolidación depende de la información de la historia laboral, para que una vez afianzada y confirmada por los empleadores permita la emisión del



bono, a efectos de que el mismo en la fecha correspondiente, sea redimido y pagado”

Recordando la Corte en la sentencia SL 4305-2018 que el procedimiento para la liquidación, emisión y expedición de bonos pensionales tipo A, para que el valor del bono haga parte del capital de financiación de la pensión, tiene las siguientes etapas: a) conformación de la historia laboral del afiliado; b) solicitud y realización de la liquidación provisional; c) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; d) emisión; e) expedición; f) redención y, g) pago del bono pensional. Así lo dijo la Corte:

a) Una vez el beneficiario del bono realiza la solicitud, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998, el primer paso para la tramitación del bono pensional es la conformación de la historia laboral del afiliado, que se realiza mediante la información que este suministra a su AFP y la información que la AFP solicita a las entidades a las cuales el trabajador realizó cotizaciones diferentes al ISS. La información así obtenida es ingresada por la AFP al Sistema Interactive que para el efecto tiene la OBP. La información sobre cotizaciones realizadas por el trabajador al ISS se obtiene del archivo masivo que para el efecto tiene el ISS. Si se presenta alguna variación posterior de esta información y así lo certifica el ISS, la AFP debe digitar esta nueva información en el Sistema Interactive de la OBP.

b) Conformada la historia laboral, la AFP, en representación del afiliado, debe solicitar al emisor del bono pensional la liquidación de este, para lo cual debe definir el salario base para el cálculo del bono pensional.

*c) Con esta información, la OBP realiza un cálculo del valor del bono a la fecha de corte, calculo que denomina liquidación provisional. Antes de la emisión del bono pensional se pueden producir diversas liquidaciones provisionales, dependiendo de la información y de la aceptación de la misma por parte del afiliado. según lo dispone el inciso 9° del artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, **la liquidación***



provisional no constituye una situación jurídica consolidada.

(negrilla fuera de texto)

d) Realizada la liquidación provisional, la AFP debe darla a conocer al afiliado, para que este la apruebe y la firme de conformidad con lo estipulado en el artículo 7° del Decreto 3798 de 2003. Si no está de acuerdo, el afiliado debe explicar a la AFP sus razones para que se efectúen las correcciones a que haya lugar. Efectuados los ajustes, debe realizarse una nueva solicitud a la OBP de liquidación provisional.

e) Producida la aprobación de la liquidación provisional por parte del afiliado, la AFP debe requerir a la OBP la emisión del bono pensional, la cual se realiza mediante resolución por parte del emisor, en la que se consagran los datos básicos del bono pensional y los valores calculados a esa fecha, los cuales pueden variar.

f) La expedición del bono pensional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1513 de 1998, es el momento en que se suscribe el título físico o del ingreso de la información a un depósito central de valores, en el caso de la expedición desmaterializada de títulos. Un bono emitido se expide en uno de los siguientes tres casos: (1) por redención normal del bono pensional tipo A que se produce cuando el afiliado, cumple 62 años, si es hombre, o 60 años, si es mujer, o cuando el mismo completa mil semanas de vinculación laboral válida para el bono; (2) por redención anticipada del bono pensional tipo A que ocurre cuando el afiliado fallece, es declarado inválido, o no cumple con el requisito de las semanas exigidas para obtener la garantía de la pensión mínima ni cuenta con el capital suficiente para adquirir una pensión; y (3) por solicitud de la AFP, una vez esta ha obtenido autorización escrita del afiliado para negociar el bono con el fin de obtener una pensión anticipada.

g) Por último, se produce el pago del bono pensional a la AFP, que consiste en el depósito de los dineros en la cuenta de ahorro individual del beneficiario.



2) De la historia laboral y las certificaciones válidas para liquidar los bonos pensionales:

En este orden de ideas se tiene que dentro del trámite para la expedición de bonos pensionales Tipo A se ha de cumplir con la conformación de la historia laboral del afiliado, puesto que, para la liquidación y emisión del bono, se utilizara aquella información laboral que haya sido confirmada directamente por el empleador o caja, fondo o entidad que deba dar certificación, según el caso, de forma oportuna. O aquella certificada a tiempo que no haya sido negada por alguno de estos, art. 52 del D. 1748 de 1995, modificado por los artículos 14 del Decreto 1474 de 1997 y 22 del D. 1513 de 1998.

Conforme al citado artículo 52, una vez el beneficiario eleva ante la AFP una solicitud de trámite de bono pensional, esa entidad debe establecer la historia laboral del afiliado con base i) en la información que este le haya suministrado y los archivos que la entidad posea y, ii) en toda la información laboral que pueda incidir en el valor del bono y que sea confirmada, modificada o negada por quienes hayan sido empleadores del afiliado, o por las cajas, fondos o entidades de previsión social a las que hubiere cotizado. Realizado lo anterior, la AFP trasladara dicha información al emisor para que este de inicio al proceso de liquidación provisional del bono.

Es de advertir que el legislador allí mismo previo que, si la entidad requerida para que allegue la información pertinente es de carácter público, se aplicara lo dispuesto en el artículo 6° del Código Contencioso Administrativo. Si se trata de servidores públicos, el incumplimiento de este plazo será sancionado disciplinariamente del acuerdo con el Código Disciplinario único, pero el legislador no previo los efectos del silencio administrativo positivo ni la presunción de veracidad de la información respecto de la cual se solicitó su confirmación o certificación.

Cuando un empleador deba certificar información laboral con destino a la expedición de un bono tipo A, en arreglo a lo dispuesto en el artículo 23 del D.1748 de 1995, la certificación debe contar con los



requisitos expresamente allí señalados, dentro de los cuales, entre otros ítems, debe estar especificado «g) Número total de días de interrupción por suspensión o licencia no remunerada; opcionalmente, fechas de iniciación y terminación de las interrupciones», como también «k) Fecha de expedición de la certificación y su número consecutivo».

Se puede colegir de la regulación del trámite para obtener la expedición del bono, que la conformación de la historia laboral con este fin no está a cargo exclusiva de la AFP, si no que se trata de un proceso complejo que si bien es ejecutado y coordinado por la AFP, en el también han de intervenir el afiliado, las entidades donde se estuvo afiliado y los empleadores, según el caso. Puede estimarse que se trata de un trámite complejo, pero no por esto se ha eximir al aspirante a la pensión de llevarlo a cabo, puesto que la conformación de la historia laboral se justifica para reunir, de manera eficiente, cierta y efectiva, los medios económicos que permiten capitalizar las prestaciones pensionales, garantizando así el principio de sostenibilidad financiera de los recursos y procurar la eficiencia, la solidaridad y la universalidad en la protección de las personas frente a las contingencias que el sistema de seguridad social ampara (arts. 48 de la Constitución y 2 de la Ley 100 de 1993).

Durante el agotamiento de la conformación de la historia laboral del afiliado, las sociedades administradoras de fondos de pensiones que manejan el régimen de ahorro individual con solidaridad, así como aquellas cajas o fondos del sector público o privado que lo hacen en el régimen solidario de prima media con prestación definida, deben procurar la mejor utilización de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que la emisión y redención de los bonos pensionales se materialice en forma adecuada, oportuna y suficiente, a partir de una articulación de políticas, instituciones, regímenes y procedimientos que permitan, cuando a ello haya lugar, recaudar aquellos aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.



Por otra parte, de acuerdo con el artículo 59 del D. 1748 de 1995, adicionado por el artículo 25 del D. 1513 de 1998, se ha de tener en cuenta la intangibilidad de la historia laboral elaborada con base en un archivo masivo que haya sido utilizada para la emisión del bono pensional, ya que, según este precepto, tal historia solo podrá ser modificada con el consentimiento del afiliado.”

Conforme todo lo anterior, la Corte indicó además que es claro que para tener certeza de cuál es el saldo en la cuenta de ahorro individual del afiliado y así poder determinar el cumplimiento de los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez, se requiere que se tenga consolidado el bono pensional.

Ahora, para evitar que el derecho pensional del afiliado se vea dilatado en el tiempo, la Corte en la sentencia SL 12709-2016 enseñó:

“Con el fin de conciliar el mandato constitucional y el derecho pensional del afiliado que ha cumplido, junto con los demás requisitos, el del capital para efectos de financiar una pensión de vejez, en una controversia como la presente, es menester para el juez, previamente a reconocer una pensión de vejez, tener la certeza de que tal prestación cuenta con los recursos económicos para ser financiada; y para esto, se debe entrar a examinar cada caso en particular, con miras a dilucidar si la no emisión del bono es una excusa para negar el derecho a la pensión, por encontrarse evidencia de que el afiliado reúne el capital; o si, en verdad, la falta de emisión no es atribuible a la AFP, como sería el caso en que la no emisión es por falta de la aprobación, sin fundamento, de la liquidación provisional del bono por parte del afiliado.

Una vez, en el proceso, se tenga determinado el monto del bono a emitir, entonces se podrá establecer si el accionante cumple con el requisito de capital para obtener el derecho a la pensión anhelada, que, para este caso, es la contenida en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993. A esta solución se llega de conformidad con lo previsto en los artículos 21 y 22 del DL. 656 de 1994...”



Por tanto, conforme lo ha explicado la Corte entre otras en la sentencia SL 2512-2021 reiterada en la SL 3127-2022 existe normativamente la posibilidad de establecer en cabeza del fondo privado la obligación de manera temporal de asumir el pago de la pensión con cargo a sus propios recursos en virtud de lo establecido en el artículo 21 del Decreto 656 de 1994, aclarando que si bien la demandada es una entidad de naturaleza privada, lo cierto es que esta prestando el servicio público de la seguridad social que comporta la garantía de derechos mínimos para los trabajadores afiliados al sistema pensional.

Sentado lo anterior, es necesario señalar que la falladora de primera instancia, contrario a lo señalado por la apoderada de la AFP PORVENIR no desconoció la normatividad propia del RAIS para la financiación de la pensión, ni tampoco pasó por alto que el bono pensional era necesario a efectos de que el accionante pudiera acceder a la pensión pretendida, pues tenía claro que con el bono se completaba el capital necesario para la financiación de la pensión, así como también que el trámite para la obtención del mismo correspondía a la AFP; sin embargo, tal y como lo reseñó de manera detallada en su fallo, encontró de las pruebas allegadas que la gestión de la entidad pensional para obtener el bono pensional fue omisiva y negligente, con lo cual concuerda esta Sala pues nótese lo siguiente:

- (i) Desde el **23 de julio del 2012** el actor solicitó a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A. el reconocimiento de su pensión de vejez (fl. 4)
- (ii) El **09 de julio del 2012** la AFP le comunicó al accionante que “...una vez efectuados los cálculos actuariales respectivos, se pudo establecer que usted no acumuló en su cuenta individual de ahorro pensional el capital suficiente para financiar en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad una pensión de vejez. Adicionalmente usted no tiene derecho a bono pensional...” (fls. 5 a 6); respuesta que tuvo que rectificar mediante comunicación del **29 de agosto del 2012** al resolver la solicitud de devolución de saldos peticionada por el actor, en la que le señaló que “...de acuerdo con los soportes adjuntos a su solicitud esta Sociedad



Administradora procederá a requerir al empleador CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACIÓN un pronunciamiento con relación al reconocimiento de los reconocimientos de los tiempos por usted laborados con la citada entidad. Con relación a los tiempos laborados con la TESORERIA MUNICIPAL DE RAMIRIQUÍ, esta Sociedad Administradora en reiteradas oportunidades a requerido al MUNICIPIO DE RAMIRIQUÍ la certificación de tiempos de servicios que cumpla con las especificaciones del Literal C Inciso 4 del Artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el Artículo 20 del Decreto 1513 de 1998; sin embargo, no ha sido posible obtener una respuesta satisfactoria a nuestras peticiones. Por su parte, con relación a los tiempos laborados con la LOTERÍA DE BOYACÁ y LA CONTRALORÍA DE BOYACÁ le informamos que dichos tiempos ya se encuentran incluidos dentro de la historia laboral generada por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público... Finalmente, una vez obtengamos un pronunciamiento por parte de los empleadores CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACIÓN y TESORERIA MUNICIPAL DE RAMIRIQUÍ se podrá determinar i usted eventualmente tendrá derecho al reconocimiento de un bono pensional a su favor.”

- (iii) Pese a que en la comunicación del **29 de agosto del 2012** señala que ha realizado requerimientos al MUNICIPIO DE RAMIRIQUÍ y que requerirá a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO, lo cierto es, que sólo hasta que el actor le realiza sendas peticiones; es que la AFP demandada el **21 de mayo del 2013** (después de más de 1 año de haberse elevado la solicitud pensional) realiza el primer requerimiento al MUNICIPIO DE RAMIRIQUÍ (fl. 125 a 126) y ni siquiera aporta los requerimientos que supuestamente iba a efectuar a la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, pues en el expediente reposa que quien tuvo que realizar el requerimiento fue el actor conforme aparece a folio 17.
- (iv) Ahora, desde la Resolución N° 163 del 10 de junio del 2014 proferida por el Alcalde del Municipio de Ramiriquí se reconoció a favor del FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. la suma de \$15'531.658 por concepto de cuota parte de un Bono Pensional Tipo



A, a cargo del Municipio de Ramiriquí por derecho adquirido del aquí accionante. (fls. 34 a 35)

- (v) Posteriormente, después de pasar más de un año la AFP PORVENIR remite correo al MUNICIPIO DE RAMIRIQUÍ solicitando sea cancelado el reconocimiento de la cuota parte de bono pensional en el sistema interactivo de la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del aquí demandante, señalando que el Ministerio de hacienda realizó cambio en la fecha de corte lo cual hace que cambie el valor del bono, y por lo tanto, le solicitan que anule el reconocimiento que se encuentra en la liquidación número 22 de la página de la OBP del Ministerio de Hacienda (fls. 161 a 162); sin embargo, nótese que en la Resolución N° 013 del 16 de febrero del 2016 proferida por el Alcalde del Municipio de Ramiriquí la cual se tuvo en cuenta para expedir el bono pensional con el cual posteriormente se reconoció la pensión del actor se tuvo en cuenta la misma fecha de corte que se había tenido en cuenta 2 años atrás en la Resolución 163 del 10 de junio del 2014, sin que se encuentre cuál fue entonces el error por lo que pidió la AFP PORVENIR que se anulará el trámite que había realizado el Municipio en el año 2014, con lo cual lo único que hizo fue dilatar el trámite del reconocimiento del bono pensional.

Por lo anterior, es claro que, si existió negligencia por parte del fondo demandado tal y como lo señaló la falladora de primera instancia, y por tanto si era procedente que se le impusiera pagar la pensión provisional con cargo a sus propios recursos.

Siendo necesario señalarle a la apoderada de la AFP PORVENIR que contrario a lo manifestado en su recurso, dicha entidad tenía la obligación de probar todos los requerimiento y trámites efectuados en el caso del bono pensional del actor, de conformidad con lo establecido en el artículo 167 del C. G. del P., al cual nos remitimos por disposición expresa del artículo 145 del CPT y de la SS, pues es dicha entidad quien debía probar que su actuar fue diligente y que por tanto no se le podía aplicar lo previsto en el artículo 21 del Decreto 656 de 1994.



Y si bien en el trámite del bono pensional pueden requerirse varias firmas del accionante, lo cierto es que como lo relató el *A quo* la AFP PORVENIR le exigió al actor firmar nuevamente la misma historia laboral, con lo cual sólo dilató aún más el trámite del bono pensional. Ahora, contrario a lo señalado por la apoderada de la AFP PORVENIR en su recurso la línea jurisprudencia que aquí se cita, es totalmente aplicable al presente caso.

Excepción de prescripción

Efectivamente como lo señaló la falladora de primera instancia, en materia laboral las acciones prescriben en 3 años y teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el **22 de agosto del 2017**, es claro que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 22 de agosto del 2014; por lo que se evidencia que el *A quo* tuvo un lapsus al señalar que se declaraban prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 15 de mayo del 2014, por lo que habrá de modificarse el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia apelada.

Intereses Moratorios

Para resolver este problema jurídico, se hace necesario recordar que conforme lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 2512-2021 los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 proceden siempre que haya retardo en el pago, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o las circunstancias que hayan rodeado la discusión del derecho pensional, en tanto su imposición es simplemente el resarcimiento ante los efectos adversos para el acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Reconociendo además la Corte la existencia de algunas excepciones las cuales no se configuran en el presente caso, pues no nos encontramos ante un cambio de línea jurisprudencial, ni tampoco en el presente caso la negativa pensional se dio con amparo en el ordenamiento legal vigente, por tanto, se confirma la condena impuesta por este concepto.

Sin costas en esta instancia.



En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que la AFP PORVENIR debe pagar al demandante MANUEL GÓMEZ ÁVILA de conformidad con el artículo 21 del Decreto 656 de 1994 a cargo de su propio patrimonio las mesadas pensionales causadas entre el **22 de agosto del 2014 al 31 de julio del 2016**, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 36-2016-00643-02
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: SERGIO GUARÍN GARCÍA
DEMANDADO: BAKER HUGHES DE COLOMBIA

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 01 de septiembre del 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes.



ANTECEDENTES

El señor SERGIO GUARÍN GARCÍA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de BAKER HUGHES DE COLOMBIA con el fin de que se DECLARE que la demandada está obligada a cubrir los montos a favor del actor y a órdenes del ISS hoy Colpensiones de las cotizaciones correspondientes para garantizar su derecho constitucional de obtener una pensión de vejez; que tiene derecho al reconocimiento de su pensión de vejez dado el tiempo trabajado en la empresa y la edad que tiene a la fecha de presentación de la demanda; que la demandada no cumplió su obligación legal de realizar las cotizaciones para pensión por haber laborado 33 años, 3 meses y 15 días; que se condene a la demandada asumir el pago pensional a favor de la demandante a partir de la fecha de desvinculación de la empresa.

Como pretensiones subsidiarias solicita que realizadas las condenas en contra de la demandada y que hacen relación al reconocimiento del derecho pensional a favor de la demandante; se ordene a la demandada a traspasar a favor de Colpensiones el valor de las cotizaciones, debidamente sometidas a su cálculo actuarial, para que este ente asuma la pensión de mi demandante, equivalente al 75% del promedio de sus ítems laborales durante el último año. (fls. 199 a 201 archivo "01. Expediente digitalizado 2016-00643 (cuaderno principal)").

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que comenzó su relación laboral con la demandada BAKES HUGHES DE COLOMBIA el 02 de enero de 1979 cuando dicha entidad operaba en Colombia con el nombre de SUDAMERICANA DE PERFORACIONES Y SERVICIOS S.A.; que laboró hasta el 16 de marzo del 2012; que desempeñó el cargo de Ingeniero Químico Encargado del 02 de enero de 1979 al 31 de octubre de 1980; que el 01 de noviembre de 1980 fue trasladado a Perú con la Compañía PACEMARKER SERVICE en donde trabajó hasta el 30 de abril de 1982; que del 01 de mayo



de 1982 al 28 de febrero de 1987 firmó contrato en Colombia con la empresa SUDAMERICANA DE PERFORACIONES Y SERVICIOS S.A.; que del 01 de marzo de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1997 laboró en el Ecuador mediante contrato de trabajo con la empresa HUGHES SERVICES INTERNACIONAL S.A. en el que aparece que el lugar de contratación es Colombia y la residencia Ecuador; que del 01 de enero de 1998 al mes de agosto del 2002 el actor volvió a Colombia con el cargo de Gerente General con sede en Bogotá con contrato suscrito con la sociedad B.J. SERVICES COMPANY S.A.; que en Argentina prestó sus servicios de septiembre de 2002 a junio de 2005 con BJ SERVICE COMPANY S.A.; que de junio de 2005 a diciembre de 2006 laboró en Brasil con B.J. SERVICES DO BRASIL LTDA; que de enero de 2007 a diciembre de 2009 laboró en Argelia; que de enero de 2010 a 18 de mayo del 2012 fecha en que se dio por terminado el contrato laboró en México; que en cada uno de los contratos se enuncia que el país de origen del actor es Colombia lo que reafirma legalmente del mismo contrato con creación en Colombia y por ende debe regirse por las leyes colombianas, en relación a lo que hace referencia a sus prestaciones sociales y cubrimiento de riesgos de vejez y muerte señalados como la pensión; que el contrato primigenio en su clausula octava faculta al empleador a trasladar al empleado de su puesto de trabajo ; que como consecuencia de esta cláusula los contratos firmados por el actor posteriormente constituyen simples novaciones que en nada modifican, cambian o rescinden el contrato primigenio quedando consecuentemente vigente dicha cláusula; que el actor suscribió con su empleador un Acuerdo el 18 de mayo del 2012 en el que el empleador reconoce que el aquí demandante trabajó ininterrumpidamente desde enero de 1979 hasta la terminación del contrato; que la sociedad demandada ha cambiado su razón social de SURAMERICANA DE PERFORACIONES Y SERVICIO S.A. a HUGHES SERVICES INTERNATIONAL S.A.; luego a BL HUGHES S.A., BJ SERVICES COMPANY S.A., SERVICES SWITZERLAND SARL, BJ SERVICES COMPANY COLOMBIA S.A. y finalmente a BAKER HUGHES DE COLOMBIA; que durante el desarrollo del contrato suscrito con la demandada prestó sus servicios inicialmente como Ingeniero Químico Encargado de Laboratorio y finalizó su labor como Manager Operation Senior; que durante la vigencia del contrato por orden de la empresa fue trasladado a diferentes países y prestó sus servicios a Compañías



que hacen parte de la patrona multinacional; que al demandante la empresa le hizo suscribir varios contratos, pero a la firma de cada nuevo contrato nunca se liquidó el contrato anterior, ya que siempre fue la novación del contrato primigenio; que se configuró un único contrato laboral regido por las leyes colombianas; que la demandada al momento en que se hizo efectivo su retiro le hizo firmar un documento en el que el demandante declaraba a paz y salvo a la empresa demandada el 11 de mayo del 2012; que durante el tiempo que el actor estuvo vinculado a la demandada sólo realizó cotizaciones entre enero de 1998 a julio del 2002; que laboró para la demandada del 02 de enero de 1979 al 16 de marzo del 2012; que no existe ninguna constancia de que durante la permanencia del actor en el extranjero su empleadora hubiera realizado el pago de cotizaciones; que a la fecha de terminación del contrato de trabajo el demandante percibía un salario mensual de doscientos catorce mil quinientos once pesos mexicanos, es decir, \$16.930,69 dólares; que radicó derecho de petición a la demandada solicitando el reconocimiento de su pensión sin obtener una respuesta favorable. (fls. 96 a 103).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Baker Hughes de Colombia**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó parcialmente el 1, 2, 3, 3.10, 3.11, 4.3, 5, 5.1 y 7; aceptó el 3.1, 3.3, 3.5, 4 y 8; dijo que no eran un hecho el 3.3.1, 3.4.2, 3.5.1, 3.7.1 y 3.8.1; manifestó no constarle el 3.4, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9, 6, 6.1 y 7.3 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó exclusión de la aplicación de la ley laboral colombiana a contratos laborales celebrados y ejecutados en el exterior, carencia de responsabilidad de la sociedad extranjera BAKER HUGHES DE COLOMBIA por las obligaciones adquiridas por otras sociedades en el exterior, improcedencia del reconocimiento de aportes a pensión por vinculaciones laborales anteriores a 1993 en el sector de hidrocarburos, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica. (fls. 242 a 273).



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“ PRIMERO: CONDENAR a BAKER HUGHES DE COLOMBIA a cancelar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, el valor del cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, de acuerdo con la liquidación que al efecto realice la señalada entidad de seguridad social, por los periodos en el que el señor SERGIO GUARÍN GARCÍA no estuvo afiliado al sistema de pensiones por cuenta de la demandada, esto es, entre el 2 de enero de 1979 y el 30 de octubre de 1980 y del 1° de mayo de 1982 al 27 de febrero de 1987. Lo anterior con observancia del Decreto 1887 de 1994.

SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

TERCERO: ABSOLVER a BAKER HUGHES DE COLOMBIA de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a BAKER HUGHES DE COLOMBIA. Líquidense con la suma de \$3.000.000 como agencias en derecho.” (archivo 02ActaAudiencia)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que las pruebas allegadas en idioma extranjero y que no cuenten con una traducción oficial no serán tenidas en cuenta. Que no se probó la existencia de un único contrato regido por las leyes colombianas como lo pretende la parte actora, sino únicamente en los extremos laborales aceptados por la sociedad demandada. Señala que el actor no logró probar que prestó única y exclusivamente servicios en favor de la matriz a la que pertenece BAKER HUGHES DE COLOMBIA; ni logró probar que el ejercicio del poder subordinante se haya efectuado por un traslado de la compañía a otros países, ni tampoco que en esos otros países se haya ejercido la subordinación desde este país. Que lo que se prueba es que los movimientos a las sucursales en Argentina, Argelia, México y Brasil se derivaron de las ofertas de BJ SERVICES COMPANY a través del Gerente de Compensaciones y Beneficios por lo que en última era el demandante quien aceptaba ir a prestar esos servicios en otro país y someterse a la legislación laboral de aquel país, pues en los contratos establecieron que las controversias se someterían a las leyes de Houston Texas por lo que no se puede aplicar a esas relaciones la legislación colombiana. Indica que se evidencia que el reporte de su trabajo el actor lo hacía a personas



ajenas a este país. Que BAKER HUGHES DE COLOMBIA es una sucursal en este país de una sociedad extranjera. Que la casa matriz es BAKER HUGHES INTEC INTERNATIONAL DOMICILIADA EN DELAWARE USA. Que solo se analizaran los siguientes contratos: (i) del 02 de enero de 1979 al 30 de octubre de 1980; (ii) del 01 de mayo de 1982 al 27 de febrero de 1987 y (iii) del 01 de enero de 1998 al 31 de agosto del 2002, pues en ellos la prestación del servicio se dio en nuestro país al igual que la subordinación. Que el actor no reúne los requisitos establecidos en el artículo 260 del CST para que se le reconozca una pensión, ni tampoco tiene derecho a una pensión sanción pues si estuvo afiliado al sistema de seguridad general de pensiones. Que en los tiempos en que no existía cobertura del ISS para afiliar a los trabajadores se debe pagar un bono o título pensional, pues los trabajadores no se pueden ver afectados. Que en los tiempos que no laboró en Colombia no estuvo desprotegido, pues contaba con un plan de retiro 401K por lo que no se puede condenar a la demandada por esos tiempos.

RECURSOS DE APELACIÓN

El **demandante** recurrió la decisión proferida en primera instancia señalando que se encuentra probado en el certificado de constitución de la demandada que el demandante siempre trabajó en sucursales que debían reportarse a la casa matriz. Que el demandante suscribió un contrato en el año 1979 el cual estuvo vigente hasta mayo del 2012. Que en la cláusula octavo aparece la facultad de hacer cualquier traslado del trabajador y que el empleador en ejercicio de esa facultad lo trasladó a Argelia, Perú, Argentina y México. Que todos esos traslados tuvieron acuerdos con referencia al contrato primigenio. Que el demandante tenía derecho a que se le pagara la repatriación por lo que tenía derecho a una bonificación por eso los tiempos que estuvo en el exterior fue por voluntad del empleador y siempre se respeto el domicilio del actor. Que en la terminación que se hizo en México se tuvo en cuenta que el trabajador estuvo vinculado desde el año 1979, con lo cual confiesa ese hecho; que esa aceptación es plena prueba de que existió continuidad del año 1979 al 2012. Que aparecen certificaciones en las que consta que laboró desde el año 1979, las cuales fueron expedidas desde el exterior. Que esto es lo que debe mirarse



si se tramita bajo la ley nacional o extranjera. Que la empresa siempre reconoció el contrato desde el año 1979, en los documentos que no fueron tachados de falso y por esta razón debe ser condenada la empresa al pago de la pensión. Que se habla de los ahorros que hizo en el exterior para el plan de retiro lo cual no se puede asimilar, ni tampoco exonera a la empresa de realizar los aportes a pensión en este país. Que no se pueden igualar los planes de retiro con la pensión de jubilación. Que no hay ninguna razón para que se desestime que el contrato estuvo vigente desde el año 1979, por lo que se debe ordenar el pago de los aportes faltantes.

Por su parte, la **demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que conforme lo explicó el Despacho para la calenda en la que fue condenado no existía la obligación por parte de su representada de afiliar al señor Guarín al ISS dado que las obligaciones pensionales estaban a cargo de los empleadores. Que se dio una afiliación gradual y sólo fueron llamados a inscripción en el año 1993; por lo que sólo hasta esa fecha se debía hacer el traslado al ISS. Solicita que en caso de salir adelante las pretensiones sólo se ordene pagar los aportes más la indexación y no un cálculo actuarial como quiera que no fue un capricho del empleador y se estaría generando un detrimento patrimonial para el empleador. Finalmente, dice que los cálculos actuariales sancionan la omisión, la cual no hubo.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el artículo 66A del C. P. del T. y de la S. S. la Sala resolverá los puntos de inconformidad planteados en el recurso de apelación formulados por ambas partes.

En consecuencia y dada la sustentación se resolverán los siguientes puntos: (i) si se debe declarar una única relación laboral con la demandada entre el año 1979 al 2012 como lo pretende la parte actora y en consecuencia condenar a la demandada a pagar mediante cálculo actuarial los aportes faltantes o a reconocerle una pensión al actor y (ii) si no es procedente el



pago del cálculo actuarial ordenado como quiera que para esa fecha no existía cobertura por parte del ISS.

Contrato Laboral – Legislación aplicable

En el presente caso concierne a la Sala revisar si la falladora de primera instancia se equivocó al no condenar a la demandada BAKER HUGHES DE COLOMBIA a realizar cotizaciones a pensión en favor del actor por el período que estuvo prestando sus servicios en el exterior, siendo procedente determinar si la ley laboral colombiana es aplicable conforme lo pretende la parte actora, pese a que el contrato del actor para los períodos de (i) del 1 de noviembre de 1980 al 01 de abril de 1982; (ii) del 01 de marzo de 1987 al 31 de diciembre de 1997; (iii) del 01 de septiembre del 2002 al 30 de junio del 2005 y, (iv) de junio del 2005 a diciembre del 2006 fue desarrollado en el exterior.

Para resolver el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala debemos remitirnos en primer lugar al artículo 2° del C.S. del T. en el que se establece “El presente Código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad” y a lo enseñado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3176-2019 reiterada en la sentencia SL 2239-2022 en la que señaló:

“En virtud del principio de territorialidad previsto en el artículo 2° del CST, esta Corporación ha establecido, como regla general, que la legislación que rige la vinculación laboral es la del país donde ella se desarrolló, salvo que sea inequívoca la continuidad de la subordinación desde Colombia o que las mismas partes acuerden expresamente el sometimiento a la legislación colombiana durante la prestación del servicio en suelo extranjero.

Dicha tesis que se encuentra reiterada en las sentencias CSJ SL1371-2019, donde se memoró lo expuesto en las CSJ SL1976-2018 y CSJ SL0240-2017, en las que se dijo:



Para dar respuesta al tema planteado por el recurrente, debe advertirse que esta Sala de la Corte, frente a la aplicación de la ley en el espacio, ha indicado que por regla general, y de conformidad a lo señalado en el artículo 2.º del Código Sustantivo del Trabajo, la legislación colombiana no aplica a servicios prestados en el exterior, siendo su excepción la inequívoca continuidad de la subordinación desde Colombia, o que las partes hubieran convenido al respecto, posición que se reitera nuevamente en esta oportunidad, en la medida que no se observan razones atendibles que conlleven a variarla. (Negritas fuera de texto original). En efecto, en sentencia CSJ SL, 10 feb 2009, rad. 31301, que reiteró la sentencia CSJ SL, 28 jun 2001, rad 15468, se dijo:

Como lo destaca el cargo, en la aludida sentencia explicó la Sala:
“Conviene precisar que conforme a la jurisprudencia mayoritaria de la Corte sobre aplicación de la ley en el espacio, el principio general es que con arreglo al artículo segundo del Código Sustantivo del Trabajo la legislación colombiana no se aplica a servicios prestados en el exterior, salvo que sea inequívoca la continuidad de la subordinación desde Colombia o que las mismas partes dispongan expresamente el sometimiento a la legislación colombiana durante ese lapso, caso en el cual el empleador contrae un deber cuya fuente es su propia voluntad, sin que nada impida que se obligue a ello, preservándose así los principios de autonomía de la voluntad, buena fe y lealtad.

Cuestión distinta es cuando las partes – como ocurre en el caso aquí debatido – acuerdan expresamente lo contrario, esto es, que los servicios prestados por un trabajador en el exterior no se tengan en cuenta en Colombia para fines de salario o de prestaciones sociales, porque de conformidad con el precitado artículo segundo del código del trabajo esa estipulación es lícita, también desarrolla los postulados de autonomía de la voluntad, buena fe y lealtad, y por tanto no le es dable a ninguna de las partes rebelarse contra ella ni desconocerla”.



*La impugnación parte de un equivocado entendimiento de la jurisprudencia respecto de las excepciones a la aplicación del principio de territorialidad establecido en el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, particularmente de los criterios jurídicos vertidos en la sentencia arriba transcrita. Y ello es así porque es cierto que ha considerado esta Sala que la regla que se ha dado en denominar *lex loci solutionis*, contenida en el artículo 2º aludido y que es fiel desarrollo del principio de territorialidad de la ley, no es absoluta y admite algunas excepciones a su aplicación, que permiten que, pese a que el contrato de trabajo no se ejecute en Colombia, se aplique la legislación laboral del país.”*

Ahora, si bien la falladora de primera instancia después de analizar las pruebas allegadas al plenario no desconoce que el actor siempre estuvo vinculado a la misma empresa, independientemente de los cambios de nombre que realizó en el transcurso de la relación laboral que sostuvo con el señor Sergio Guarín García, lo cierto es, que encontró que no se le podía aplicar la legislación laboral colombiana en los períodos en que prestó sus servicios en el extranjero, pues no se encontraba probada la continuidad de la subordinación desde Colombia, ni las partes tampoco acordaron el sometimiento a la legislación colombiana, por el contrario en varios contratos se estableció que en caso de existir controversia sería sometida a la legislación de Brasil o Texas.

Efectivamente al revisar las pruebas allegadas al presente proceso se encuentra que en los siguientes períodos: (i) del 1 de noviembre de 1980 al 01 de abril de 1982; (ii) del 01 de marzo de 1987 al 31 de diciembre de 1997; (iii) del 01 de septiembre del 2002 al 30 de junio del 2005 y, (iv) de junio del 2005 a diciembre del 2006, el actor prestó sus servicios para la empresa demandada, pero estos servicios, tal y como lo encontró la falladora de primera instancia, fueron a raíz de contratos desarrollados en el exterior, pues fueron servicios personales prestados en el exterior, en Rio de Janeiro (Brasil) (fls 63 a 65), Argentina (fl 57 a 59), Argelia (fls. 69 a 71) y en México (fls. 76 a 78), en los cuales las partes acordaron que en caso de existir controversia se regirían por las disposiciones de Houston Texas.



Sentado lo anterior, es claro que conforme lo reseñado en la jurisprudencia de la Corte, acertó la falladora de primera instancia cuando estableció que a los contratos que celebró el señor Sergio Guarín García con la demandada para prestar sus servicios en el exterior, no le es aplicable la legislación laboral colombiana, como quiera que en virtud de dichos contratos el actor prestó sus servicios en el exterior y no se probó la continuidad de la subordinación desde Colombia, por el contrario las partes acordaron que el actor estaría subordinado al Gerente Regional de cada uno de los países en los que prestó sus servicios, adicionalmente las partes no acordaron que dichos contratos se rigieran por la legislación laboral colombiana, por lo que habrá de confirmarse el fallo apelado frente a este punto.

Calculo actuarial

No fue objeto de reproche que durante la vigencia de la relación laboral demostrada, el actor no tuvo cobertura para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por cuanto como en efecto lo señala el recurrente, para la fecha de los extremos temporales antes señalados, esa demandada no estaba llamada a afiliar a sus trabajadores al ISS; al respecto, procede señalar a esta parte que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Alta Corporación, que en reciente pronunciamiento SL 1551 del 10 de marzo de 2021, reiteró criterio según el cual, en los casos de falta de afiliación a los riesgos de vejez, invalidez y muerte previa cobertura por parte del Instituto de los Seguros Sociales, estaba en cabeza del empleador, asumir la reserva para el cubrimiento de los mismos y de no haberlo hecho le correspondía efectuar el pago del cálculo actuarial a que haya lugar, así lo indicó en dicho pronunciamiento:

“En primer lugar, es verdad que para la fecha en la que se desarrollaron los diversos vínculos laborales del actor, el Instituto de Seguros Sociales no había extendido su cobertura sobre las empresas del sector del petróleo, como la demandada, lo que solo vino a darse a partir del 1 de octubre de 1993, por medio de la Resolución n.º 4250



de 1993. No obstante, ante dicha realidad, esta Sala de la Corte ha concluido que los empleadores, no obligados a realizar la inscripción, conservaban en todo caso obligaciones pensionales a su cargo, fruto de la imposibilidad de subrogación del riesgo, que se podían traducir en el reconocimiento de la pensión de jubilación o, en últimas, en el pago de los aportes correspondientes al tiempo servido y no afiliado, por medio de cálculos actuariales, en los términos definidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

En la sentencia CSJ SL14388-2015, esta Sala advirtió al respecto que:

(...) a partir de sentencias como las CSJ SL9856-2014 y CSJSL17300-2014, la Corte abandonó viejas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador frente a dichas eventualidades, a la vez que definió, entre otras cosas, i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional; iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos <<...en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar... que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.»

Ha determinado también la Corte que esa obligación no solo emana de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, como la concebida en el artículo 33, sino que encuentra arraigo en el mismo artículo 76 de la Ley 90 de 1946, de manera que no es cierto que, como lo dedujo el Tribunal, para la fecha de suscripción del acuerdo conciliatorio -22 de septiembre de 1994 -, no existiera norma que permitiera el traslado de los aportes correspondientes a periodos en los que no se registró la afiliación, por medio de cálculo actuarial, pues esa regla puede entenderse establecida antes y después de la entrada en vigencia del sistema integral de seguridad social.



En sentencias como la CSJ SL939-2019, CSJ SL4334-2019 y CSJ SL1122- 2019, entre otras, esta Sala ha recalcado que, como lo reclama la censura, la referida carga pensional emana de la misma Ley 90 de 1946 y concretamente de la obligación establecida para los empleadores de aprovisionar los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones pensionales causadas por la falta del inicio de cobertura del ISS, que se había visto reforzada por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

Las mismas consideraciones han sido realizadas específicamente frente a empresas del sector petróleo en las sentencias CSJ SL3892-2016, CSJ SL835-2018, CSJ SL1122-2019 y CSJ SL1356-2019, entre muchas otras. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, estaba en cabeza del empleador asumir el riesgo pensional de sus trabajadores, cuando no estaba llamado a efectuar cotizaciones en favor de estos a entidad de seguridad social alguna, no quedando otro camino que el cubrimiento de la contingencia de vejez a su cargo, mediante cálculo actuarial, no pudiéndose desconocer la prestación del servicio del demandante de la que deriva la obligación de salvaguardar su derecho a adquirir prestación pensional y si bien para la data en que tuvo lugar la relación laboral demostrada, la asunción del riesgo pensional, se encontraba en cabeza del empleador, lo cierto es que en el caso del actor, la demandada no le otorgó derecho pensional alguno en los términos del entonces vigente artículo 260 del CST, no pudiéndose desconocer, se itera, los periodos laborados por este a favor de la demandada para construir la prestación pensional conforme la normatividad ahora vigente.

Aunado a lo anterior, ha dicho la Corte entre otras en la sentencia SL 529 del 14 de febrero de 2022 en la cual reiteró lo expuesto en la sentencia SL 3606-2021 que en estos casos no era necesario que el contrato de trabajo se encontrara vigente al momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993. Así lo dijo la Corte:



“[...] la circunstancia de que el contrato de trabajo no hubiera estado vigente para el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no resulta relevante ni trascendente para la aplicación de la solución brindada por esta normatividad a este tipo de eventos, en cuanto a tener en cuenta tiempos laborados y no cotizados por falta de cobertura, a través de un cálculo actuarial.

En efecto, la Sala, en la sentencia CSJ SL2138-2016, sostuvo que «ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 sep. 2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral», consideraciones que han sido reiteradas más recientemente en las sentencias CSJ SL3995-2019 y CSJ SL2584-2020.”

Por tanto, es claro que acertó la falladora de primera instancia cuando condenó al empleador a pagar el correspondiente calculo actuarial.

Virtud de lo dicho habrá de confirmarse en su integridad la sentencia apelada y consultada

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 14-2018-150-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARÍA ESTHER ONATRA
DEMANDADO: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta y uno (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 30 de noviembre de 2021, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ANTECEDENTES

Las señoras MARÍA ESTHER ONATRA, MARÍA IDNELLY PARRA, IVETH BARRAZA, BLANCA DE PERDOMO e IRIS NARAJÓ, por intermedio de apoderado judicial interponen demanda ordinaria laboral a fin de que se DECLARE que el fondo demandado es el obligado al pago de las obligaciones de la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, condenándolo al reconocimiento y pago de sustitución pensional convencional respecto de cada uno de sus cónyuges de manera indexada, en aplicación de los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa. (fls. 128 a 131)

HECHOS

Fundamentaron sus pretensiones señalando que los difuntos señores Hermes Perdomo, Manuel Orjuela, Porfirio Desiderio, Juan Manuel Carrasquilla y José

Alberto Moreno, ostentaron la calidad de trabajadores oficiales de la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, siendo beneficiarios de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre esta y el sindicato base.

Indicaron respecto del señor Porfirio que laboró para la sociedad en mención por espacio de 25 años, desempeñando como último cargo el de ayudante de estación, que su contrato culminó el 31 de enero de 1997 y el salario por él devengado promedio de liquidación para 1991, ascendía a \$14.375.27, que el 5 de marzo de 1987, arribó a los 50 años de edad, por lo que la extinta sociedad, le reconoció pensión de jubilación de carácter legal conforme las previsiones de la Ley 53 de 1945, cuya cuantía ascendió a \$38.990.09, que para la fecha de su retiro ya tenía consolidado derecho a pensión de jubilación convencional, para cuyo disfrute, debía arribar a la edad de 60 años, lo que ocurrió el 5 de marzo de 1997, que falleció el 30 de septiembre de 2006 y le era más favorable el reconocimiento de la pensión convencional indexada que la legal de que disfrutaba.

En cuanto al señor Manuel Orjuela refirió que laboró para la sociedad en mención por espacio de 17 años, desempeñando como último cargo el de jefe de paradero, que su contrato culminó el 28 de noviembre de 1991 y el salario por él devengado para dicha anualidad, ascendía a \$148.199.88, que el 9 de septiembre de 1995, arribó a los 50 años de edad, por lo que la extinta sociedad, le reconoció pensión de jubilación de carácter legal y no alcanzó a completar la edad para gozar de pensión de jubilación convencional en cuantía del 80% por su fallecimiento y por ende dicho derecho debe ser transmitido a su causahabiente, siéndole más favorable esta que la legal de que disfrutaba.

En cuanto al señor Hermes Perdomo refirió que laboró para la sociedad en mención por espacio de 15 años, desempeñando como último cargo de celador, que su contrato culminó el 31 de mayo de 1991 y el salario por él devengado para dicha anualidad, ascendía a \$155.943, que el 8 de junio de 2001, arribó a los 60 años de edad, por lo que la extinta sociedad, le reconoció pensión de jubilación de carácter legal y no alcanzó a completar la edad para gozar de pensión de jubilación convencional en cuantía del 80% por su fallecimiento y por ende dicho derecho debe ser transmitido a su causahabiente, siéndole más favorable esta que la legal de que disfrutaba.

En cuanto al señor José Alberto Moreno, narró que laboró durante más de 15 años a la extinta Ferrocarriles Nacionales, ocupando como último cargo el de obrero de cuadrilla y renunciado el 31 de mayo de 1991, data para la cual, devengaba un salario promedio de \$127.066,94, alcanzando los 60 años de edad el 28 de enero de 2010 y siéndole reconocida pensión legal, que en su favor se configuró derecho a pensión convencional con el 80% del promedio de lo devengado. (fl. 141)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El fondo demandado contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 2, 18, 25, 26, 35, 36, 38 y 44, manifestó no constarle los No. 3, 4, 10, 11, 13, 14, 17, 27 a 29 y 43 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago y compensación. (fl. 176)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER al fondo demandado de las pretensiones incoadas por la parte demandante, condenando en costas a la misma.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que el problema jurídico se circunscribía a determinar si había lugar a subrogar la prestación legal de que disfrutaban en vida los causantes por la pensión de jubilación deprecada y su sustitución a las demandantes en calidad de cónyuges y compañeras permanentes; que no había sido objeto de reparo la calidad de pensionados de los causantes como tampoco la sustitución pensional reconocida en favor de las demandantes en su calidad de cónyuges y compañeras permanentes de estos, que para el caso de la pensión de jubilación convencional prevista en el artículo 11 del acuerdo convencional 1978 que fuera allegado con el lleno de los requisitos legales, que dicha disposición convencional estableció que tendrían derecho a pensión de vejez los trabajadores que arribaran a la edad de 60 años en cuantía proporcional al tiempo de servicios, de lo que se establecía que el derecho a la pensión allí regulada, nacía con el cumplimiento simultáneo de edad y tiempo de servicios y encontrándose en vigencia la relación laboral, beneficiándose de ella, aquellos trabajadores activos que cumplieran tales

exigencias, pues había quedado con total claridad allí plasmado, que el beneficio era para los trabajadores, por lo que atendiendo su tener literal, era dable entender que quienes no habían arribado a la edad de 60 años en vigencia del vínculo laboral, no podían beneficiarse de esa prestación y a igual conclusión se arribaba de la forma en que se indicó que se debía liquidar la prestación, señalándose que ese punto cobijaba al personal vinculado en la actualidad con contrato de trabajo como lo había reiterado la Sala de Descongestión Laboral de la CSJ en sentencia SL1535 de 2020, entre otras.

Que conforme lo anterior, la convención colectiva sólo podía producir efectos jurídicos durante la vigencia de la relación laboral, salvo que las partes pactaran lo contrario, lo que no había ocurrido para el caso bajo estudio, pues las partes no establecieron literalmente que la prestación pensional de origen convencional bajo estudio, podía causarse con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, anulando con ello la posibilidad del cumplimiento de la edad con posterioridad a la terminación de este; procediendo a verificar si los demandantes habían cumplido los requisitos consagrados en la norma citada; lo que no ocurría respecto de ninguno de ellos ya que a la terminación de su vinculación laboral, si bien acreditaron más de 15 años de servicios a la extinta sociedad empleadora, ninguno había arribado a la edad de 60 años y respecto de los señores Orjuela y Carrasquilla, habían fallecido previo cumplimiento de dicha edad, pudiéndose concluir que no cumplieron con las previsiones de la norma convencional cuya aplicación se invocaba.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la parte demandante señaló que el despacho había dado por probado la calidad de pensionados de los causantes, que la interpretación de la disposición convencional no era la adecuada ya que la edad allí exigida en materia de pensiones, era un derecho fundamental que merecía ser reajustado, era transmisible post mórtem y la Corte Suprema de Justicia, en radicado 35565, había dado por acreditado que la edad se había cumplido en el año 2004, y Ferrocarriles existió hasta el año 1992, prohibiéndose la edad a pesar de que el vínculo ya se había extinguido, que todos los causantes habían dejado causado ese derecho pensional previo a su deceso ya que habían acreditado más de 15 años de servicios y la edad la podían cumplir en cualquier época, como lo

había indicado la Corte Constitucional en sentencia SU 445 de 2019, entre otras y respecto de este tópico, se había guardado silencio por las partes contratantes.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado sea lo primero señalar que como quedó determinado en la instancia, no ofreció reproche que los causantes, señores Porfirio Desiderio Huertas, Juan Manuel Carrasquilla, José Alberto Moreno y Manuel Antonio Orjuela, previo a la fecha de sus decesos, se encontraban disfrutando de pensión de jubilación legal concedida por el Fondo demandado y que fueran sustituidas a las demandantes como se observa en actos administrativos allegados al plenario.

Determinado lo anterior, deprecaron reconocimiento y posterior sustitución de pensión de vejez convencional prevista en el artículo 11 de instrumento de tal naturaleza allegado a folio 82 del plenario, que consagra:

*PENSIÓN DE VEJEZ. - Los trabajadores que hayan prestado el servicio por un lapso no inferior a quince (15) años continuos o discontinuos a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a Entidades de Derecho Público **y tengan la máxima edad de sesenta (60) años**, tendrán derecho a la pensión especial de jubilación por vejez, en cuantía directamente proporcional al tiempo servido, respecto a lo que habría correspondido en caso de reunir los requisitos necesarios para la pensión plena de jubilación.*

***Este punto cubre al personal vinculado en la actualidad con contrato individual de trabajo**, entendiéndose que, si el tiempo prestado es exclusivamente a Ferrocarriles, la proporcionalidad es al 80% y si el servicio es con varias entidades, al 75%. (Negrilla fuera del texto original)*

De la sola transcripción de la norma convencional en comentario se tiene que no le asiste razón al recurrente en cuanto a que la edad de 60 años, puede cumplirse con posterioridad a la extinción del vínculo laboral, cuando es claro que dicha prestación se consagra para los **trabajadores**, aunado a ello, se señala en inciso segundo de manera clara que esta aplica para el **personal vinculado con contrato de trabajo**, norma que no admite interpretación distinta ante su claridad literal.

Dicha disposición en comentario, fue estudiada por la Sala de Descongestión Laboral de la CSJ entre otras en reciente sentencia SL1064 del 28 de marzo de 2022, oportunidad en que reiteró:

Si como lo entendió el Tribunal, el demandante laboró para Ferrocarriles Nacionales de Colombia por espacio superior a 18 años y nació el 2 de abril de 1950, al momento del despido ocurrido el 12 de julio de 1990, contaba con 40 años y no con la «[...] máxima edad de sesenta (60) años», que exigía la norma en comento para causar el derecho pensional.

Ese ha sido el entendimiento que esta Sala ha desarrollado sobre el mencionado artículo convencional, tal como se refleja en la sentencia CSJ SL4732-2021, en donde se afirmó:

*Por manera, que no se advierte un desacierto en el entendimiento que el Tribunal le dio dicha cláusula y menos aún con el carácter de manifiesto, **en punto a que el cumplimiento de la edad, en este asunto en particular, debía acaecer cuando se tuviera la calidad de trabajador, esto es durante la existencia del nexo laboral, pues no en vano en el inciso segundo se estableció «Este punto cobija al personal vinculado en la actualidad con contrato individual de trabajo», así lo concibió la Corte cuando tuvo la oportunidad de estudiar dicho texto extralegal:***

Como la censura hace derivar la comisión de los errores de hecho de la errónea apreciación, según lo afirma, de la convención colectiva de trabajo de 1978, concretamente de su artículo undécimo, para mayor ilustración a continuación se transcribe:

[...]

El Tribunal, luego de reproducir la disposición citada, consideró que la actora no tenía derecho a la sustitución de la pensión, por cuanto su cónyuge MIGUEL ANTONIO REINA RUIZ “al momento del deceso solo contaba con -sic- 48 años de edad”.

La anterior apreciación no surge manifiestamente equivocada, en la medida en que el precepto convencional prevé el derecho de los trabajadores a la pensión de vejez cuando lleven más de 15 años a la empresa y tengan la máxima edad de 60 años, supuesto este último que no se cumplió, por lo que en esa medida no se estructura un error evidente de hecho.

Conviene precisar que tampoco le asiste razón al recurrente, cuando sostiene que por regla general la edad es un requisito de exigibilidad y no de causación, dado que en materia de pensiones de orden convencional dicha circunstancia dependerá de lo que hayan convenido las partes en ejercicio de los derechos de autocomposición, concertación colectiva y autonomía de contratación. En el presente caso, no se estableció en la cláusula 11 que la edad constituyera un presupuesto de exigibilidad, y por tal razón se encuentra ajustada la intelección dada por el Tribunal. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme lo anterior, al haber quedado probado que ninguno de los causantes arribó a la edad de 60 años en vigencia del vínculo laboral que los unió con la extinta Ferrocarriles Nacionales, no causaron el derecho al reconocimiento pensional de naturaleza convencional deprecado y por ende resulta improcedente la sustitución petitionada por las demandantes, debiéndose **confirmar** la decisión recurrida sin necesidad de argumentos adicionales la decisión recurrida.

Sin costas en la alzada

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 16-2019-467-01

ASUNTO: APELACION AUTO

DEMANDANTE: CARLOS MANUEL TORRALVO SEGURA

**DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES**

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, contra el auto proferido por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, el día dos (2) de junio de dos mil veintidós (2022), en cuya virtud se declaró no probada la excepción de falta de reclamación administrativa. Se aclara que el expediente fue remitido por el Juzgado 16 al 41 por acuerdo de descongestión. (Ver Expediente Digital)

HECHOS

El señor **CARLOS MANUEL TORRALVO SEGURA** a través de apoderado judicial presentó demanda en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que le reconozca, pensión de vejez desde el 13 de junio de 2014, con sus respectivos reajustes, intereses moratorios o en subsidio indexación y costas del proceso. (Expediente Digital).

El Juez de primera instancia en la audiencia del art 77 del C P del T y de la SS tomó la decisión que hoy revisa la Sala.

Para llegar a esa decisión señaló el Juez: “...se refirió al art 6 del C P del T y de la SS, a sentencias de exequibilidad y también de la C S J, en las que se aclara que

este es un factor de competencia. Dijo que la naturaleza de Colpensiones de carácter público impone este agotamiento. Conforme a ello dice que a folio 2 del expediente hay un formato de solicitud de prestaciones económicas radicado el 1 de agosto de 2014 ante Colpensiones, en donde se solicita el reconocimiento de la pensión de vejez. La demandada dice que como no se allegó la documental completa o lo que le solicitó como documentos, por ello no se dio cumplimiento al requisito. La reclamación se ajusta al art 6 del C P del T y de la S S, pues no existe certeza que le remitió la solicitud de documentos, no hay prueba de ello y frente a la reclamación solo se debe manifestar el derecho que se pretende y así se hizo en este caso y dado que no hay prueba de la solicitud de los documentos al actor. Agrega que según el CPCA toda decisión debe ser notificada y eso no sucedió.

Inconforme con esta decisión la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación señalando: “....dado que de acuerdo con la norma se evidencia como requisito adelantar la reclamación administrativa y por ello se debe declararla probada y terminar el proceso...”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S la Sala resuelve el recurso, aun siendo escaso el argumento frente a la decisión, afirmando en el recurso únicamente que no se cumplió con la reclamación administrativa siendo ello un requisito de acuerdo a la norma, por lo que ese será el tema a definir.

El artículo 6° del Código de Procedimiento Laboral vigente, preceptúa:

“Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta”.

Es claro entonces que al ser una entidad del Estado era necesario se diera cumplimiento a lo ordenado en el artículo mencionado, **dada la finalidad recordemos de la norma**, que es que las entidades, **tengan la oportunidad de determinar la procedencia o no de los derechos objeto de reclamación, desde luego, previo al análisis fáctico y jurídico que corresponda.** Así mismo, si de ese análisis se concluye la existencia del derecho reclamado, **para que se proceda a su reconocimiento directamente por la entidad obligada, sin que sea necesaria la intervención del Juez.**

La H. Corte Suprema de Justicia ha sido uniforme en la consideración de que a través del instituto de la vía gubernativa:

“(...) se le da a dichas entidades, la oportunidad de ejercer una especie de justicia interna, como que la misma ley les permite conocer de manera primigenia, es decir, antes que a los propios Jueces del Trabajo, las inconformidades de orden laboral que tengan las personas legitimadas para formularles esta clase de cuestionamientos, para que sean tales organismos, actuando como juez de sus propias decisiones, los que definan la viabilidad de aquéllas y puedan así corregir por sí mismas, cualquier error en que hayan podido incurrir en torno a las actuaciones que originaron tales desavenencias y evitar de esta manera los traumatismos propios de una controversia judicial.(...)”

(C.S.J. Sent. 12.221 oct. 13/99 M.P. Germán G. Valdés Sánchez).

Además como se ha señalado en reiteradas oportunidades, el mencionado requisito de **reclamación administrativa** constituye un factor de competencia sin el cual no puede entablarse válidamente la relación jurídico procesal y que, por tanto, debe ser evaluado al momento de admitirse la demanda o al momento de resolverse la excepción previa siendo claro se insiste **que su finalidad no es otra a que la administración estudie previamente la viabilidad de los reclamos efectuados por el trabajador y, si a bien lo tiene, los reconozca, sin que tenga que agotarse un proceso en la jurisdicción ordinaria.**

Ahora, **la reclamación se entiende agotada con un simple reclamo escrito, pero en todo caso, debe referirse exactamente a los derechos que se pretendan en la demanda.** En otros términos, aunque la reclamación administrativa no está rodeada de más formalidades o solemnidades que la de constar por escrito, **siempre debe guardar una identidad de objeto y causa con respecto a las pretensiones de la demanda, pues la administración debe tener la posibilidad de conocer y estudiar previamente los reclamos del trabajador incluidos en su demanda y no otros.**

No sobra agregar que esta reclamación puede considerarse como una regla de competencia a dos niveles: i) **la competencia primaria, preferente o previa en el conocimiento de los reclamos del trabajador o servidor es de la propia administración y ii) solo después del conocimiento de los reclamos por la administración, nace la competencia para la autoridad jurisdiccional.**

Es por ello que **la reclamación administrativa** ha sido considerada como un factor de competencia, y desde luego también como uno de los presupuestos procesales necesarios para el regular establecimiento de la relación jurídico – procesal y si bien es cierto como tal no parece dentro de las excepciones previas prevista en el Código General del Proceso **es en verdad una excepción previa dilatoria denominada declinatoria de jurisdicción que conduce a la terminación del**

proceso, ya que el Juez no estaría facultado para resolver la controversia mientras no se surta la respectiva reclamación.

Resalta y destaca la Sala lo anterior para hacer claridad en esta figura, se itera **reclamación administrativa no procedimiento gubernativo cuya confusión fue justamente zanjada por el artículo 4 de la ley 712 de 2001, definiéndolo como un simple reclamo escrito eliminando a su vez la interpretación que anteriormente la identificaba irrestrictamente con el procedimiento reglado de las normas procesales administrativas, esto es código contencioso administrativo hoy Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. (CPACA).**

Es por ello que con la solicitud de pensión que aparece en el expediente, se cumplió con lo previsto en la Ley; y así en gracia de discusión aceptásemos que se le solicitó al demandante complementarla anexando documentos, lo cual dicho sea de paso como señaló el Juez no está acreditado; ello no puede considerarse como una omisión del simple reclamo que en verdad desde 2014 se hizo, pues en todo caso, la entidad conoció lo pretendido y si creía que no se cumplían los requisitos así debió plasmarlo en respuesta.

Finalmente, la Sala insiste en que la norma no es de tal rigurosidad que lleve a trámites como el señalado esta es una ritualidad que no tiene porque antes y luego de la reforma que introdujera la ley 712 de 2001, siguió correspondiendo a la finalidad perseguida; **esto es el principio de autotutela de la administración, en desarrollo de cual se le considera no solo como parte pasiva sino parte neutral o autoridad pública que tiene como deber primordial garantizar la efectividad, de los principios derechos y deberes consagrados constitucional y legalmente a favor de los asociados y en esa calidad es que se le llama para que considere la viabilidad jurídica de los reclamos del trabajador y si es del caso los reconozca, oportunidad que ya tuvo y que incluso definiera negando la prestación y en este caso se itera la demandada, supo que el reclamante solicitaba una pensión de vejez, mediante el recibo de esa solicitud, luego allí se dio cumplimiento a la norma.**

En consecuencia, **SE CONFIRMA**, la decisión apelada y se ordenará la continuación del proceso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

COSTAS a cargo de la parte recurrente.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

Inclúyase en la liquidación de costas la suma de un salario mínimo legal vigente, a cargo del recurrente y según lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP.



MARLENY RUEDA OLARTE

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 21-2018-041-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JORGE ORLANDO PINTO

DEMANDADO: BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo de fecha 1 de octubre de 2021 proferido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de ambas partes.

ANTECEDENTES

El señor JORGE ORLANDO LEÓN por intermedio de apoderado judicial, solicita que se DECLARE que entre él y la demandada existió un contrato de trabajo entre el el 19 de septiembre de 2005 al 16 de agosto de 2016, existiendo una relación laboral, que trabajó de manera ininterrumpida y subordinada al servicio de la demandada existiendo una verdadera relación de carácter laboral y que son ineficaces las cláusulas contractuales pactadas

en los contratos de prestación de servicios suscritos, por lo que tiene derecho a que se reconozca y pague a su favor los dineros que debió pagar para la suscripción de cada uno de los contratos de prestación de servicios, como lo fueron aportes con destino al sistema de seguridad social integral, pólizas de garantía y retención en la fuente, así como las prestaciones sociales entre las que se encuentran, cesantías, interés sobre cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por recreación, bonificación por servicios, primas de navidad, técnica, semestral, de antigüedad, de servicios, de riesgo, subsidio familiar, aportes con destino al sistema de seguridad social en salud pensiones y riesgos laborales, aumentos salariales, trabajo en horario suplementario y licencia de paternidad por el nacimiento de sus 2 hijas en vigencia de la relación laboral. (fl. 110)

Fundamentó sus pretensiones afirmando que fue vinculada por la demandada a través de sendos y sucesivos contratos de prestación de servicios, el primero de ellos, con vigencia desde el 19 de septiembre de 2005 y el último suscrito finalizó el 16 de agosto de 2016, que los objetos contractuales pactados en ellos, fueron los de apoyo, acompañamiento y asesoría a la Subdirección de Plantas Físicas hoy Dirección de Construcción y Conservación de los Establecimientos Educativos, que las actividades por él ejecutadas en el marco de dichos contratos, corresponden a funciones permanentes de la Secretaría de Educación Distrital.

Afirma que siempre fue necesario asistir de manera permanente a la Secretaría de Educación en el horario comprendido entre las 8:00 a.m. a las 5:00 p.m., e inclusive más allá de dicho horario, pues las audiencias de adjudicación se extendían a altas horas de la noche y debía asistir en los días que no había contrato suscrito por demoras en los trámites presupuestales, de igual manera seguía asistiendo a las instalaciones de la Secretaría a cumplir sus funciones, para las cuales medió supervisión y subordinación por parte de sus superiores. (fl. 108 a 110)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos

en No. 1 a 9 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y la obligación y prescripción. (fl. 85)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante quien ostentó la calidad de trabajador oficial y la Secretaría de Educación de Bogotá, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 19 de septiembre de 2005 al 16 de agosto de 2016, el cual terminó sin justa causa.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN al pago de las siguientes sumas de dinero:

- a. Por concepto de indemnización por terminación del contrato de trabajo, la suma de \$6.571.400
- b. Cesantías, la suma de \$47.401.044.69
- c. Por concepto de prima de servicios exigibles para julio de 2015 y julio de 016, la suma de \$4.775.172.22
- d. Por concepto de vacaciones la suma de \$9.025.055.20
- e. Por concepto prima de vacaciones la suma de \$9.025.055.20
- f. Por concepto de bonificación por recreación la suma de \$1.328.845.15
- g. Por concepto de prima de navidad, la suma de \$14.575.845
- h. Por concepto de indemnización moratoria, al pago de un día de salario equivalente a \$199.133, por cada día de retardo desde el 15 de noviembre de 2016 y hasta que se verifique su pago

TERCERO: CONDENAR a la demandada a realizar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor del demandante al fondo en donde se encuentre afiliado por la diferencia que resulte entre lo ya pagado por este y el IBC indicado a continuación (tabla acta)

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación reclamada y parcialmente la de prescripción.

ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones formuladas en su contra. (...) (fl. 221)

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez:

En efecto en relación con la intelección de la normativa y su impacto en la distribución de las cargas probatorias, la corte suprema de justicia en sentencias como la SL 2493 del 2017 reiterado en sentencia 472 del 2020 explicó que para la configuración del contrato de trabajo, debía estar probada la prestación del servicio, sin que se requiriera la comprobación del elemento subordinación, ya que en ese evento, se debía hacer uso de la presunción legal. En este orden de ideas encuentra el despacho que el trabajo desarrollado por el trabajador Jorge Orlando Pinto a favor de la Secretaria de Educación siempre fue realizado de manera personal y además presencial por él, así lo afirmaron los testigos Marco Tulio Roncancio Herrera y Oscar Daniel Hidalgo Díaz compañeros de trabajo del aquí demandante, indicando que desde que el actor ingresó a la Secretaria en mención, el 19 de septiembre del 2005 el segundo desde que se puso en su cargo como empleado público el 15 de diciembre 2009 quiénes indicaron rotundamente que el trabajo exigía que fuera personal y precisamente en la instalación de la Secretaría de Educación porque era un trabajo desarrollado en conjunto por varias personas porque los insumos con los que se trabajaba los daba la entidad y porque esa entidad tenía absolutamente prohibido sacar los documentos de allí, en sí entonces, el demandante prestó un servicio de forma personal para la Secretaría de Educación; por lo que el caso aplica la presunción del contrato de trabajo establecida en el artículo 20 del decreto 2127 de 1945, prestación de servicio pues claramente también que está acreditada y demostrada contratos de prestación de servicios donde incluso se aporta toda la carpeta pensional perdón la cantidad de contratación, los estudios previos, todos los registros, documentación adicional, solicitudes y demás y las certificaciones que también fueron

expedidas y que obran en el plenario y nos da cuenta de que sí existió esta prestación personal de servicio, tenemos que decir que la parte demandada como señalábamos debía de derruir esta presunción legal que se activa con solamente la demostración de personal de servicio, no obstante de las pruebas que se allegan no se logra desvirtuar la misma.

Primero que todo vamos a hablar de esta prestación del servicio y también los contratos que existieron, tenemos que esta el contrato PS 1062 cuyo inicio es el 18 de mayo 2005 y final 19 de junio de 2006, con un salario de \$2.500.000 mil pesos mensuales, la 496 desde el 6 de julio del 2006 al 8 de febrero de 2007 por \$2.150.600 pesos mensuales, la 180 la orden 184 del 9 marzo 2007 al 8 de marzo de 2008 por 3.220.000 mil pesos, la 104 del 19 de marzo de 2008 al 18 de marzo de 2008 por 3.200.000 mil pesos, la 806 del 24 de mayo 2008 al 23 de enero de 2009 por 3200.000 mil pesos, la de folios OPC 584 del 5 de marzo de 2009 al 4 de septiembre de 2009 por 3600.000 mil pesos, la 1707 del 29 de mayo de 2009 al 4 de enero de 2010 por 3.6000.00 mil pesos, la OPS 35 del 22 de enero de 2010 al 2 de enero 2011 por 3.708.000 mil pesos, la 327 del 9 de febrero del 2011 al 22 de marzo de 2012 por 3.819.240 pesos, la 2278 del 27 abril 2012, la 26 de julio 2012 por 3.500.000, la 2685 del 9 de agosto 2012 al 8 de mayo de 2013 por 3.500.000, la 2509 del 31 de mayo de 2013 al 26 de enero 2014 por 4 millones de pesos, la 1537 del 3 de febrero 2014 al 3 de agosto 2014 por 4.160.000 mil pesos, la 1331 del 10 de febrero de 2015 al 9 de junio de 2015 por 4.284.800 pesos, la 2153 del 10 de junio del 2015 al 29 de enero de febrero 2016 por 5.800.000 mil pesos y la 1871 del 29 de marzo del 2016 al 16 de agosto 2016 por 5.974.000 mil pesos, está todo estas documentales, certificaciones expedidas a folios que obran en el paginario desde los folios 44,45,48 a 50, el número 5 también en adelante hasta la foliatura donde encontramos toda esta documental, esa portada con la demanda y también el CD que es aportada ampliamente efectuada por el despacho a folios 97 y 98 nos muestran pues estos contratos, estas certificaciones, las órdenes de prestación de servicio y nos acreditan que efectivamente existieron y que se prestó un servicio personal por el demandante conforme también lo dijimos por los testimonios.

Entonces concluye el despacho que el demandante el señor Jorge Orlando Pinto por más de 10 años y 10 meses esto es entre 19 de septiembre de 2005 y el 16 de agosto de 2016 , estuvo vinculado a la Secretaría de Educación mediante 16 contratos de prestación de servicios lo que fue corroborado con la documental que está a folio 3543 del PDF fecha 30 de noviembre 2016 expedida por la entidad y como lo señalamos también de la documental que ya hemos referido y también la que está en la civil N. 5 denominado expediente administrativo de diferentes contratos y desarrollo contractual de cada uno de ellos, aspectos previos y posteriores a este.

Ahora bien nótese que el objeto de los 16 contratos de la prestación de servicio la lectura de los mismos es muy similar entre todos es prestar servicios profesionales en la elaboración y aprobación de los estudios previos, evaluación acompañamiento de los procesos licitatorios y presentación de informes sobre proyectos que adelanta la dirección así como el acompañamiento y apoyo en la formulación y ejecución de planes, programas, proyectos para la construcción ,ampliación adecuación,, reparación y mantenimiento de los bienes inmuebles de la Secretaría de Educación del Distrito, igualmente cuando se observa también en la documental del CD No 5 señalado como expediente administrativo de los contratos también se observan las justificaciones, son similares en cada uno de los contratos en el entendido de necesidad de conforme los objetivos que tenía de la necesidad de adecuación a las plantas físicas y que la contratación se daba según durante estos 10 años por la insuficiencia de personal de planta que pudiera desarrollar estas labores que eran necesarias desarrollar conforme el objeto mismo que tenía la Secretaría de Educación y eso nos lo da cuenta también esta documental, de la justificación y la necesidad de la contratación.

Si bien también tenemos que en un principio entre el año 2005, se hizo la prestación de servicio para la subdirección de plantas físicas, esta subdirección a partir del 6 de octubre de 2008 fecha expedición del Decreto Distrital 330 del 2008 pasó a ser la dirección de construcción y conservación de establecimientos educativos asunto que también fue corroborado por el testimonio del señor Marco Tulio Roncancio Herrera quien llevaba en la actividad como empleado de planta, señala 28 años y 8 meses y que evidencia que el demandante siempre actuó de manera personalmente las actividades para esa misma dirección, igual además pues debe observarse que en los contratos de

prestación de servicios de sujetos siempre fue similar a los testigos Marcos Tulio Herrera y Óscar Darío Hidalgo Díaz compañeros de trabajo del aquí demandante como ya lo hemos indicado, señalaron que las funciones de esta área se llamaba estudios previos en la que siempre han trabajado ellos y el demandante, ubicada en la dirección de construcción y conservación de establecimientos educativos que eran de carácter permanente y que las funciones que allí se ejecutaban eran desarrollar estudios técnicos frente a la evaluación de proyectos de licitaciones y la elaboración de estudios previos para selección de la contratación de los constructores interventores para la construcción y mantenimiento de los colegios e infraestructura educativa en Bogotá funciones que son las que se terminan en grandes rasgos en las órdenes de prestación de servicio, los contratos de prestación de servicios igualmente que también es lo que se distingue en ese objeto contractual, en esa justificación contractual que también se allega obviamente que amerita incluso justificación de la contratación directa como nos da cuenta está documental.

Asimismo quedó demostrado también con los testimonios de los señores Marco Tulio Roncancio Herrera y Oscar Hidalgo Díaz que el equipo de trabajo en que laboraba el señor Jorge Orlando Pinto estaba conformada por 8 personas de las cuales solo 2 personas eran de planta y esto eran los testigos y las otras 6 eran contratadas por contratos de prestación de servicio, igualmente que los testigos ejecutaban las mismas labores en los mismos términos de cantidad, calidad de tiempo y un lugar aclarando que el señor Roncancio se le asignaban también componentes matemáticos, económicos especiales en la evaluación económica en sus efectos, pero ese componente también podría ser evaluado por el demandante; es decir que si bien había de pronto una distribución de entre las funciones o entre que partes realizaban frente a estas revisiones de estas estudios previos que tenían como el objeto contractual y en los que también se dedicaba al personal de planta lo que puede concluir el despacho es que básicamente son el mismo lineamiento de las mismas labores incluso el otro testigo el señor Darío Hidalgo Díaz, manifiesta que realmente hacía lo mismo que hacía el señor Rolando, que el grupo de trabajo al que pertenecía el actor tenía también tenía coordinadores, que los últimos años fue un señor denominado nombrado Luis Gabriel Erazo quien se encontraba subordinado según el testigo Hidalgo Díaz y que era quien recibía el trabajo y lo distribuía en el equipo de trabajo asignado a materias específicas a cada persona, establecía los plazos de entrega, verificaba la ejecución de la tarea, revisaba el producto final entregado por el equipo de trabajo, llamados de atención porque no le gustaba los pasos, era el encargado de vigilar el cumplimiento del horario el cual era de lunes a viernes de 8 a 5 pm, pues si bien el señor Marco Tulio señaló que este no era impositivo este señaló que sí lo era, en este punto podemos indicar que los dos testigos presentaron ciertas reacciones no obstante lo anterior observarse como el señor Marco Tulio señala que no era impositivo que podían llegar, que no era como digámoslo de una u otra forma una camisa de fuerza sin embargo nótese que esto tampoco lo decía que lo hacían igual que como con él, que él era un funcionario de planta, contrario a esto el señor Hidalgo Díaz señala que tiene un horario que lo que pasa es que a veces se ampliaba más ese horario; considera el despacho que sí era de una manera impositiva conforme a los dichos de los testigos pues ambos testigos señalaron que sí el señor Jorge debía llegar después de las 8 AM o salir antes de las 5:00 pm, ausentarse a algún evento o por un permiso incapacidad obligatoriamente tenía que pedir permisos al coordinador del área y si no estaba debía acudir al director de construcción y conservación del establecimiento educativo, por tanto considera el despacho que sí hay una imposición de un horario claramente establecido que si bien podría tener algunas flexibilidades no era solamente por la razón de ser un contratista, un contratista que buscarían mostrar que fuera un contrato independiente sino por la misma expresión del área como lo señalaron otros testigos que también laboraba como funcionarios o como empleados públicos en la planta de la Secretaría de Educación.

También tenemos demostrado conforme a esto es que se realizaban llamado la atención porque el señor Jorge no estaba en el puesto de trabajo durante su jornada de trabajo porque el trabajo estaba retrasado también se observó y se demostró que efectivamente tiene estos llamados de atención conforme a las testimonial recaudada, también podemos deducir que habían programadas reuniones con el equipo de trabajo las cuales eran obligatorias para el señor Jorge Pinto, igualmente el señor Jorge tenía asignado un puesto de trabajo a las instalaciones de la entidad, que tenía todas las herramientas de trabajo con las que ejecutaba su labor en su integridad pertenecían todas ellas a la

Secretaría de Educación tales como computador, sillas, papelería, impresoras, lapiceros y demás insumos necesarios para el desarrollo de esta labor eran suministradas por la Secretaría, en igualdad de condiciones a las personas que se encontraban de planta en la secretaria. Ahora bien el despacho tiene que poner de presente que como señalamos si bien señalaba había una cierta flexibilidad del horario, no es menos que existe un horario que esta impuesto, que si el horario podría ser flexible no quería decir que no pudiera unirse o ausentarse sin permiso, sin avisar lo que se entiendan estas declaraciones es que simplemente esos horarios normalmente se superaban, aunque lo que nos cuentan los testigos en este asunto, igualmente tenemos que conforme a las testigos que se ha allegado es claro que se realizaban funciones de carácter administrativo propias de la demandada sino también se observan número 5 de sujetos contractuales las cuales y de justificaciones son claramente y por eso es incluso habla de la necesidad de la justificación de contratar directamente usuarios de actividades permanentes para la Secretaría de Educación en esa área concreta por la necesidad como se señala de adecuar plantas físicas que tenían problemas para facilitar las funciones u objetivos primordiales de esa área de la Secretaria de Educación, de la adecuación de plantas físicas de instalaciones educativas y por eso se hacía a través de estas contrataciones, estas licitaciones y estas materias donde el aquí demandante tenía que realizar parte de esos estudios previos como lo hacían tanto el señor Marco Tulio, como lo hacía el otro testigo del señor Hidalgo en su funciones, incluso de trabajadores de planta, igualmente tenemos que los únicos que estuvo el demandante en esos 10 años y 10 meses de trabajo fueron en el mes de diciembre o enero lo que sea más o menos a una semana a la cual podría ser otorgada y debía reponerse las horas de jornada adicional, con anterioridad a la semana que iba a descansar, situación que también según los testigos nos muestra el testigo que efectivamente eso también lo hacían las personas de planta, toda la entidad se daban estas posibilidades descansar unas a dos semanas, una semana a final de año, pero con recuperación de tiempo previo.

Igualmente tenemos que en este asunto está acreditado que el demandante conforme a la documental que es también allegada por la Secretaría tenía los correos electrónicos que eran correos electrónicos de la entidad jpinto@educacionbogota.gov, jpinto@cbogotapunto.edu.co, que si es por sí solo no sería suficiente pero analizando en conjunto con todo lo anterior probatorio recaudado los testimonios se considera que efectivamente contrario a que la Secretaría de Educación destruyera la presunción se encuentra acreditada que efectivamente esa relación si se dio no solamente con la presunción activa sino que se demostró que efectivamente tenía subordinación y no puede hablarse de la autonomía e independencia que amerita en ese tipo de contratos, debemos también tener presente que si bien despacho quiso acceder a los correos electrónicos con el fin de realizar la valoración respectiva, los archivos no fueron posible consultar en debida forma ya que estaban generando un error que dañaba los ordenadores esto se hizo a través de varios computadores y dispositivos y no pudimos acceder, no obstante lo anterior lo aquí demostrado pues sería suficiente para llegar a la conclusión que estamos llegando.

Entonces manténgase dentro de este bajo continua subordinación y su relación de respeto a la Secretaría de Educación y cumpliendo órdenes e instrucciones de manera personal y presencial bajo la continua vigilancia de un coordinador del área durante toda su relación contractual y qué a pesar de existir los contratos de prestación de servicios suscritos con todas las formalidades legales y esto no lo muestra claramente el CD número 5, esto no desvirtúa la presunción del contrato de trabajo como pretende la entidad accionada pues en la aplicación del principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia esto no pasa de ser una simple formalidad pues aquí lo que prima claramente como todo lo conocemos es la realidad, es verificar en qué condiciones del día a día se ejecutó las labores desarrolladas por el demandante en la Secretaría de Educación y esto fue lo que mostraron las pruebas testimoniales también en este asunto aparte de las documentales, sobre este tema la CSJ en sentencia SL 628 del 2015 y 528 del 2016 traen en sentencia 472 de 2020 señaló el principio rector de la primacía de la realidad consiste en darle relación a las circunstancias que rodeaban la relación jurídica más que la forma que resulte el documento contractual o cualquier otro que haya suscrito o de otras partes que conlleva necesariamente a que son aquellas particularidades que se extraen de la realidad, las que se deben tener en cuenta y no otras a fin de determinar

el convencimiento diáfano del juez con respecto a los servicios prestados por una persona natural y que se clama una acción judicial que configura un contrato de trabajo, así que la simple suscripción de diferentes órdenes de prestación de servicio, de diferentes pólizas, de que se cumpliera con todos los requisitos para ello, los aportes individuales de Seguridad Social, los ofrecimientos del servicio y las disponibilidades presupuestales y todo lo demás que lleva aparejado este tipo de contratación directa OPS no significa o desvirtúa la presunción que ya hemos indicado contra ellos, igualmente sentencia SL 981 del 2019 precisó que tampoco cabe hablar de autonomía del actor con base en las actas, informes, pólizas, ofertas de servicios y demás documentales pues estas no pasarán a ser más que una formalidad y nadie censure la manera en que se ejecutó sus actividades, este punto entonces no resulta atendible acudir a la autorización prevista en el numeral tercero del artículo 32 de la ley 80 del 93 para justificar la celebración de múltiples contratos de prestación de servicios pues éstos únicamente son admisibles cuando las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad no puedan realizarse con personal de planta lo que implica que la actividad contratada de estar difundida por la temporalidad, excepcionalidad por lo cual como en el caso cuando las actividades alternativas a través de esta clase contratación de más de una permanencia superior o indefinida de modo tal que desborde su transitoriedad lo que amerita la orden de prestación de servicios es necesario que la entidad contemple en su respectiva planta los cargos necesarios para esa realidad, discusión que durante 10 años no fue realizada, entonces por tanto no puede hablarse de la transitoriedad y la temporalidad en este tipo de asunto.

Ahora bien, en cuanto a los extremos temporales de la relación laboral el despacho declarará una única relación laboral, se tendrá como extremo inicial el 19 de septiembre de 2005 y como final el 16 agosto de 2016 pues pese a que la formalidad entre la suscripción de un contrato a otro en tres ocasiones estuvieron lapsos superiores a 30 días, la intención real de las partes era dar por continuado el vínculo laboral pues ambos testigos tanto Marco Tulio y Oscar Hidalgo Díaz informaron que en caso de que el demandante señalaron esas interrupciones era casi imperceptibles por lo tanto el señor Marco Tulio afirmó que en el caso del demandante que permaneció en la entidad en vigencia de 3 administraciones, porque cuando terminaba un contrato mientras se hacía la renovación, él permanecía prestando el servicio con la promesa de que se le renovara el contrato, de igual sentido lo señaló el testigo Oscar David Hidalgo al señalar que la única ausencia que recuerda del señor Jorge fue cuando se lesionó el tendón de Aquiles, el señor Jorge tenía que seguir asistiendo a trabajar mientras se daba el siguiente contrato que así no tuviera contrato el continuaba ejerciendo las mismas funciones. Lo anterior entonces para el despacho le genera el convencimiento conforme a esta valoración para este que el demandante prestó sus servicios sin interrupción para la Secretaria de Educación porque como se indicó se declarará el contrato laboral el 19 de septiembre de 2005 y el 16 de agosto de 2016.

Establecido lo anterior vamos a empezar analizar entonces teniendo en cuenta el caso de vínculo contractual fue por vencimiento de plazo pactado por el último contrato de prestación de servicios y que esta no hay justa causa para dar por terminado el contrato a término indefinido por cuanto dicho presupuesto no se encuentra regulado dentro de las causales establecidas en los artículos 1648 y 40 en el decreto 2127 de 1945 por lo que el trabajador tendría derecho a que se le pague la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa correspondiente al tiempo que le faltará para cumplirse el plazo presuntivo de 6 meses por tratarse de un contrato a término indefinido como lo preceptúa el artículo 40 del decreto 2127 de 1945 en este caso el trabajador empezó a trabajar el 19 de septiembre del año 2005 por lo que el último periodo presuntivo se debería ejecutar entre el 19 de marzo de 2016 y el 18 de septiembre 2016 por lo que al terminarse el contrato de trabajo el 16 de agosto 2016 la entidad debe al trabajador debe 33 días de salario pues era el tiempo que hacía falta para completar los 6 meses de este plazo conforme sentencia 14972 de 2014 entre otras, tomando como último salario el que reseñamos para última orden de prestación de servicios que fue de \$5.974.000 que corresponden a una indemnización por esos 33 días de salario, la suma de \$6.571.400 pesos por ende se condenará al pago de esta suma por concepto de indemnización de terminación de contrato laboral sin justa causa, respecto de las demás prestaciones reclamadas, en el caso de los trabajadores oficiales para liquidar sus prestaciones se debe tener en cuenta factores salariales establecidos en el artículo 17 del decreto 1045 esto es con una asignación básica mensual señalada al respectivo

cargo, los implementos de remuneración a qué se refiere el artículo 49 y 97 del decreto, ley 1041 del 78 auxilio de alimentación y transporte, la prima de servicios; ahora bien en lo referente a las pretensiones de pago por las diferencias y vamos a empezar con esto, las diferencia que resulta aplicar los incrementos salariales dispuestos para los servidores del Distrito de condiciones similares y categoría de ingeniero, si bien el despacho precisa nuestros testigos Marco Tulio y Hidalgo Díaz eran empleados de planta y que el primero de ellos tenía un cargo administrativo, se desconoce la planta global de Secretaría de Educación y tampoco se probó cuáles eran los incrementos que se estaban realizando y estos incrementos que pretenden la parte actora a nivel comparativo en el presunto cargo que se pretende sea asimilado por tanto no se podría acceder a este pedimento.

En cuanto al pago de trabajo extra diurno, nocturno se advierte en este asunto que en el litigio no se prueba que el trabajador hubiese trabajado en horas extras nocturnas dominicales y festivos que permitieran hacer una liquidación al respecto pues si bien los testigos señalaron que se trabajaba a más de las 5 de la tarde no está la precisión y no podría este juzgado entrar hacer cálculos o aproximaciones frente a cuantas horas trabajo después de esa jornada, también denota que no eran todos los días por tanto la carga probatoria en este asunto le hubiera correspondido a la parte demandante quien al no hacerlo se tendrá que absolver a la secretaria de educación de estos pedimentos.

Ahora bien frente el Decreto 1045 del 78 que regula algunas prestaciones de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden nacional territorial del juez aplicable también en las entidades del Distrito conformidad con el concepto 041481 del 2021 departamento administrativo de la Función Pública vamos a analizar las prestaciones que han sido reclamadas y que están contempladas para este tipo de trabajadores; del auxilio de cesantías pues tenemos que este también está regulado o señalado cómo se deben liquidar los artículos 27 del decreto 313268, el artículo sexto del decreto 60 del 47 y el artículo 13 del 344 del 96 el literal y el número 17 literal de la ley sexta de 1945 y efectuada las operaciones realizadas por el despacho y teniendo en cuenta los factores salariales y las cesantías su liquidación se hace cada año al 31 de diciembre y que el plazo legal hasta el 15 de febrero del año siguiente también es que solo cuando termina el contrato de trabajo surge propiamente la obligación de satisfacer las sumas causadas por este concepto, así no se hubiera depositado y por ende será este momento en que tiene como fecha de exigibilidad la generación del contrato es decir que frente al caso en concreto se realizará la liquidación año por año desde el 18 de septiembre del 2005 hasta el 18 de agosto del 2005 fecha que no se pudiera ver afectado con el fenómeno prescriptivo por ende y efectuar las operaciones por parte del despacho se condenara a la Secretaría Bogotá al pago actual de la suma de \$47.401.44 pesos con 69 centavos, por concepto de cesantías.

Por concepto de intereses de las cesantías se tiene que indica el despacho que no existiría una norma legal que disponga esta prestación para los trabajadores oficiales anterior como quiera que el artículo 33 del decreto 3918 y 68 en la forma que fue modificado por el artículo 3 de la ley 4175 consagra esa prestación a cargo del Fondo Nacional del ahorro eso sí también como los términos del artículo 12 la ley 430 del 98 si tenía el derecho lo tiene que liquidar es el Fondo Nacional de ahorro, también fue firmado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de mayo de 2004 radicado 22357 en el fallo de instancia proferido 9 agosto de 2006, en el proceso de identificado con la erradicación 25717 en consecuencia está exonerado el demandado de esta pretensión; frente a las primas de servicios de conformidad con el decreto 2351 del 2014 por el cual se regula la prima de servicios entre otros para los trabajadores oficiales del nivel territorial en los mismos términos del artículo 58 del Decreto 1042 del 78, quienes señalan que a partir o tienen derecho a esta prestación a partir solamente de 2015 de percibir la prima de servicios equivalente a 15 días de remuneración que se pagará a los primeros 15 días del mes de julio de cada año de todas las liquidaciones y teniendo en cuenta que solamente esta prestación para los trabajadores en este orden que se encuentra demandante territorial y la no existencia de esta obligación anterior al acta del 2015 efectuada la liquidación se condenará al Distrito Capital al pago de \$4.775.172 pesos por concepto de prima de servicios exigible de julio 2015 a julio 2016.

Ahora bien frente a las vacaciones se tiene pues que conforme a la regulación que está en el artículo 8 del Decreto 1045 del 78 y conforme a esto pues tendrá que impartirse la condena también al respecto frente a la prima de vacaciones están establecidas de

conformidad con el Decreto de 4578 se reconoce una prima de vacaciones que será equivalente a un salario por cada año de servicio también se pagará en forma proporcional, igualmente frente a las bonificación por recreación y quedan también a los días de asignación básica mensual los cuales se pagan al momento de iniciar el disfrute de las vacaciones también cuando son compensadas en dinero, en ese sentido así y teniendo en cuenta para estas 3 prestaciones que estamos anunciando de manera conjunta es decir las vacaciones, prima de vacaciones y bonificación por recreación la prescripción se haría frente a los cuatro años que se contarán a partir de la fecha en que se ha acusado el derecho conforme el artículo 23 del decreto 1045 del 78 así teniendo en cuenta que el contrato finalizó el 16 de agosto 2016 y que la demanda se presenta el 5 de mayo 2017 se tiene que pagar estas 3 prestaciones o para la prescripción para hacerlas legibles con anterioridad al 5 de mayo 2013 lo anterior como quiera que el expediente no obra escrito, reclamación administrativa que reclame completa y puntualmente estas prestaciones, es de acotar que si bien hay una respuesta de la administración a unas pretensiones del demandante no tenemos certeza que se pretende en ese momento y si bien también un acta de conciliación prejudicial dónde se hace una reclamación de las prestaciones de manera general lo que se contiene el acta no tenemos certeza de que prestaciones concretamente pues le fueron reclamadas para tener interrumpido este término prescriptivo.

Así las cosas y realizada la liquidación por contexto de estos conceptos se condenará a la demandada al pago la suma de \$9.025.55, 50 centavos por concepto de vacaciones, la suma de \$9.025.55,50, por concepto de prima vacaciones en la suma de \$1.328.933.33 por concepto de bonificación por recreación exigibles desde el mes de mayo 2013 hasta 2016; ahora bien frente a la prima de navidad está contemplada en el decreto 18 del 69, también pues en el decreto 1045 artículo 73 del decreto 1045 y 78 frente a esta prestación, teniendo en cuenta los factores con que se debe para liquidar y la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada se tiene que esta ópera pasado los 3 años desde la fecha de exigibilidad de esta prestación así teniendo en cuenta que el contrato finalizó el 16 de agosto de 2016 y que la demanda se presentó el 5 de mayo 2017 tiene que para estas prestaciones operará prescripción y será exigible desde el 25 de mayo de 2014 en ese sentido y realizada las operaciones por parte del despacho se condenará al pago de la suma de \$14.575.845,15 centavos por concepto de prima en navidad desde el 5 mayo 2014, frente a la prima técnica solicitada el despacho no accederá como quiera que está no está regulada para los trabajadores oficiales del distrito, frente a la prima de antigüedad esta se encuentra regulada en el acuerdo 8 de 1985 y sexto de 1986 se paga a todos los empleados del distrito, sin embargo como en el caso de la relación que se estudia en este marco del trabajador oficial y no el empleado público no hay lugar a condenar, a aplicar esta discusión por esta jurisdicción por lo que se absolverá esta pretensión, frente a la bonificación de servicios prestados se tiene que de conformidad con el decreto 2418 de 2015 el cual se regula la bonificación por servicios prestados para los empleados públicos del nivel territorial se extendió este derecho únicamente para los empleados públicos razón por la cual hace el demandante y cómo determinamos anteriormente un trabajador oficial no tendría derecho, por tanto no se accederá a la petición, frente a la prima de riesgo también se negará como quiera que está regulada según la ley 4 de 1992, únicamente para algunos empleados del departamento administrativo de seguridad y de acuerdo con el artículo 132 del decreto nacional 1031 de 2011 a los empleados públicos que prestan servicios de conductor a los ministros y directores de departamento administrativo y personal carcelario penitenciario y por tanto pues no es la condición del demandante.

Respecto de la devolución de los dineros que se veían que hay una petición frente a la devolución de los dineros que se debían pagar para la instrucción por la suscripción de cada uno de los contratos de prestación de servicios concretamente pólizas de garantía y deducciones de impuestos como la retención en la fuente del despacho pues no accederá a la devolución de estos pagos por concepto de pólizas conforme también lo ha adoctrinado la sentencia SL 2614 del 2021 no accederá tampoco a los pagos que se efectuarán por retención en la fuente pues cuánto la retención de la fuente que sea citada y debe señalarse que por tratarse de un asunto de índole tributaria su devolución debería ser directamente a la DIAN, sin que le compete a este juzgador emitir un funcionamiento respecto tal como se indica en sentencia SL 516 de 2020 y frente a las pólizas como dijimos sentencias 2614, no procede dicha condena por cuanto se trata de

un pago efectuado a un tercero que se causa con el servicio de otro tipo de contrato que escapa claramente este litigio, en cuanto a la solicitud de licencias de paternidad causadas desde el periodo laborado pretende el despacho que tampoco se llegó prueba de que demuestre que el demandante fue padre mientras se encontraba en ejecución del contrato de trabajo aquí declarado por esta razón se absolverá de la pretensión al igual de que tiene que ver con los beneficios para sus hijos pues no hay demostración al respecto siendo su carga probatoria.

Ahora bien frente a los aportes de la Seguridad Social se evidencia que el demandante plantea dos pretensiones al respecto; la primera consistente en la devolución de aportes realizados por la celebración de los contratos de prestación de servicio y la segunda consiste en la afiliación y pago de los aportes al régimen de subsidio familiar, Seguridad Social en salud pensiones y riesgos profesionales, como quiera que se declaró una única relación entre el 19 de septiembre de 2005 y el 16 de agosto de 2016 y que era obligación del empleador afiliar a sus trabajadores al sistema de Seguridad Social integral en este momento es decir a salud, pensión y caja de compensación sin embargo en ocasión de ese mismo vínculo el actor se afilió realizó un soporte al sistema de Seguridad Social tal como se evidencia en las pruebas allegadas a la Secretaría de Educación en el CD número 5 sin embargo como quiera que los contratistas cotizan sobre el 40% del valor pagado por honorarios, el cual conforme la declaratoria del contrato pasa a ser un salario mensual y por tanto se constituye en el IBC realizar los aportes de Seguridad Social, se condenara a la Secretaría de educación a realizar los aportes solo a pensiones como quiera que los riesgos de salud, caja compensación, riesgos laborales con condición contingencias, servicios que se prestan y se disfrutan mes a mes durante la vigencia del contrato por lo que se realizara pagos a las dos anteriores de las cuales el demandante ya no podría disfrutar el actor y más porque también serían otros los legitimados para lograr tal cometido.

Así la afiliación a pensiones de carácter obligatorio conforme el artículo 13 de la ley 100 del 93 para todos los trabajadores dependientes resulta procedente ordenar a Bogotá Distrito Capital Secretaría de Educación a realizar los aportes al sistema de Seguridad Social en pensiones a favor del demandante entre lo ya pagado por el actor y el IBC que a continuación se indica, entonces ordena pagar la diferencia ya que hubo unos aportes que hizo el demandante, que se hagan los pagos de las diferencias de lo que ya se cotizó y la Secretaria realice la cotización que supere esto con el ingreso Base de cotización que hemos reportado.

Ahora bien, también se solicita las pretensiones de pagar un día de salario por cada día de mora del pago de la respectiva cesantía anual atiende el despacho que no hay lugar a la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo por lo que aplica a los trabajadores del sector privado y no los trabajadores oficiales por lo que hace que la pretensión no prospere conforme a las sentencias SL 2051 del 2017, SL 2614 del 2021 en consecuencia vamos absolver de esta pretensión. Frente a la sanción moratoria por no pago de las prestaciones de finalización de contrato de trabajo no obstante para el sector oficial se encuentra regulado en el decreto 797 de 1949 y se causa si dentro de los 90 días hábiles siguientes a la terminación del contrato la entidad no cancela a su trabajador los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidas debiendo pagar un día de salario por cada día de retardo si se demuestra la mora por mala fe del empleador, lo anterior implica que esta no es de aplicación automática porque es una indemnización y una sanción puesto que para los efectos de determinar si esta es o no procedente, le corresponde pues a los jueces como en este caso determinar si en cada caso en particular su procedencia abordando un análisis de los aspectos relacionados con la conducta que se surte por parte de quien será la demandada se sustrae del pago de sus relaciones laborales lo que no requiere una prueba formal de las simples manifestaciones de la entidad convocada a juicio de creer que se está actuando conforme a derecho lo que implica que la forma en que se desarrolla la relación de trabajo entre quienes suscriben el contrato y lo que termina así dicho actuó o no de buena fe como lo dice en la sentencia 1003 de 2021, 854 de 2021, 3142 de 2021,, 8825 de 2020 1267 de 2018, 2438 de 2018 y 3564 de 2021, considera el despacho que la sola manifestación que se hace en este sentido negando una existencia de un contrato realidad o un contrato de trabajo ya que como no es suficiente, ya que como lo ha expresado nuestro máximo órgano de cierre en la sentencia SL 8252 de 2020 radicado 72439 del 4 marzo 2020 señaló la sola presencia de prestación de servicios no es

suficiente para tener por probada la buena fe del empleador agregando que la actitud reiterativa de celebrar contratos laborales con el ropaje de gestión de prestación de servicios también pues no puede mostrarse de está provista de buena fe o justificante, igualmente en ese sentido también sentencia 2737 de 2020 con ponencia del Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz señaló los contratos de prestación de servicios, las certificaciones de la oficina de contratación y el pago de la Seguridad Social no son pruebas suficientes de un actor provisto de una fe, sino que por el contrario acredita la intención de ocultar verdaderas relaciones laborales, así entonces verificar la contestación de la demanda presentada por la Secretaria de Educación está indicó que la indagación moratoria no era procedente porque entre las partes no existía una relación laboral y la relación contractual no era ininterrumpida no era subordinada, el demandante ejecuta las funciones correspondientes a los empleados de planta, advierte el despacho que en esta Litis se encuentra probado que la relación contractual entre las partes si fue subordinada, si fue continua durante más de 10 años y 10 meses, esto es como se llama que 19 septiembre 2005 y el 16 de agosto 2016 además que los testigos Marco Tulio Roncancio Herrera y Óscar Hidalgo empleados de planta y compañeros de trabajo del actor señalaron que todos realizaban dentro del área el estudio de la mismas condiciones en cantidad, calidad y en el mismo lugar y por ende la Secretaria de educación no demostró en sus argumentos omitiendo su carga de prueba que le correspondía para exonerarse de la sanción moratoria pues sin ningún elemento de persuasión aportó en aras de demostrar que la contratación del actor se soportó claramente a los parámetros descritos en la ley 80 del 90 y que efectivamente no había ningún tipo de intención cómo aquí resultó de no realizar la contratación o incluso buscar la contratación de este tipo de personas sino mantener durante 10 años en labores que eran propias de la entidad del área concretamente donde se desempeñaba el demandante y aun así hacer vinculaciones sucesivas de más de 16 contratos frente a este tópico, en consecuencia y como quiera que el contrato pues finalizo el 16 de agosto de 2016 y el plazo de gracia a 90 días por lo que se cumplió el 15 de noviembre de 2016 por ende se condenara a secretaria de educación al pago de la suma de un día de salario equivalente a \$199.133 por cada día de retardo desde el 15 de noviembre de 2016 hasta que se verifique su pago.

RECURSOS DE APELACIÓN

Señaló la parte demandante en su recurso:

Teniendo en cuenta que algunas de las principales pretensiones fueron concedidas como lo es el reconocimiento y la unidad del contrato que se perseguía, la parte actora en vista de las solicitudes que se realizaron y que no fueron concedidas y teniendo en cuenta la sentencia unificadora del consejo de estado de fecha 9 de septiembre de 2021 CUJ- 025-C-F2-2021 en la cual se hace mención que en diferentes fallos de tutela la corte ha manifestado que la administración viola sistemáticamente la constitución cuando emplea de forma excesiva este tipo de contratación pues desconoce las garantías especiales de la relación laboral y como se evidencia pues en el caso de la Secretaria de Educación para el área en donde se desempeñaba sus funcionarios como bien lo dijo la señora juez pues tenían número significativo de trabajadores con contrato de prestación de servicios sin embargo la suscrita apoderada pues evidencia que a pesar de que las señora juez tiene en cuenta que los contratos de prestación de servicios fueron simulados, la parte actora no se encuentra de acuerdo en no condenar a todas las pretensiones de la demanda toda vez que en el plenario obra la reclamación que hizo el demandante por las prestaciones debidas y por lo tanto también cada uno de la devolución de los dineros que no se accedió por parte de la señora juez en cuanto al pago de las pólizas y los impuestos que debieron haber sido asumidos en su momento por mi poderdante, así las cosas pues también la prescripción que se determina para nosotros no es de recibo toda vez que de acuerdo a las fechas en la reclamación pues tenemos una interrupción de dicha prescripción, adicionalmente la parte actora encuentra que al ser reconocido el contrato a término indefinido pues el señor Jorge Orlando Pinto tiene la debida fundamentación para solicitar las prestaciones que se generaron a raíz de ese contrato a término indefinido que se ejecutó por parte del despacho, siendo así las cosas solicitamos el recurso de apelación para que sea

revisada la sentencia y se ordene el reconocimiento de las pretensiones que no fueron reconocidas en esta oportunidad.

La Secretaría demandada, manifestó:

Quiero hacer referencia a un auto de la Sala de Casación Laboral de la CSJ de abril 13 del año 2010 con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas en la que la Corte señaló lo siguiente; bastante se ha dicho que el juez no puede de oficio ni a petición de parte revocar, modificar o alterar un auto de ejecutoriado, pero también que el error cometido en una providencia no lo obliga a persistir en el e incurrir en otros menos cuando su causa como en este caso ocurrió fue precisamente otro error por lo dicho debe atenderse al porismo jurisprudencial que indica que los autos legales no atan al juez ni a las partes y en consecuencia es posible apartarse de ese tipo de decisiones, como bien lo señaló el despacho al comienzo de esta audiencia este juicio se adelantó ante el juzgado 21 laboral por la decisión que adoptó la sala jurisdiccional disciplinaria del consejo superior de la judicatura quien en sentir de ese extremo muy respetuosa hizo una calificación respecto de la calidad del señor Jorge Orlando Pinto al interior de la Secretaria de Educación como trabajador oficial calidad que repito no encuentra sustentada porque para este extremo no está probada tal condición, la conclusión a la que llegó la Sala Jurisdiccional Disciplinaria al momento de resolver el conflicto de competencia que promovió de forma correcta el juzgado pues debió haberse concedido para que este trámite o las pretensiones planteadas en este proceso fueran conocidas por la jurisdicción como bien lo señaló en el salvamento de voto que en su momento expuso la Magistrada que presentó los argumentos por los cuales estaba en desacuerdo con la decisión de que se continuara este trámite porque lo que se estaba juzgando en ultimas es un acto de la administración, basado entonces en esta primera condición pues la condición de trabajador oficial no está demostrada en cabeza del señor Jorge como consecuencia de los contratos de prestación de servicios que suscribió con la Secretaria de Educación, entonces no podría accederse a las pretensiones de la demanda porque como bien lo ha señalado la Corte el hecho de que se presenten los elementos que caracterizan una relación de trabajo no implica entre un trabajador y la administración que se tenga que decretar de ese modo porque la vinculación publica de sus empleados es reglada, en este proceso no se realizó a juicio de este extremo en forma exhaustiva un juicio de comparación entre el manual de funciones de la Secretaria de Educación y las obligaciones que tenía que cumplir el señor Pinto León y las personas que asistieron a la práctica de las pruebas testimoniales manifestaron que ostentaban la calidad de empleados públicos; es decir una relación legal y reglamentaria pero la sala jurisdiccional dijo que el señor Jorge Orlando Pinto era un trabajador oficial y resulta que en la secretaria de educación no existe un solo trabajador oficial entonces como o porque razón puede concluirse que lo que hacía el señor Jorge Orlando Pinto correspondía a lo que hacía otro trabajador oficial, este extremo considera que esa calificación es equivocada por esta razón esto es al considerar que la calidad de trabajador oficial no está demostrada, no existen verdaderos fundamentos de derecho y mucho menos de hecho para llegar a esa conclusión como lo hizo la señora juez se vio obligado a tener que tramitar este proceso bajo ese principio bajo esa conclusión que profirió la sala disciplinaria cuando en realidad debió ventilarse esta discusión en el seno de la jurisdicción de la contencioso administrativo porque lo que se estaba buscando era cuestionar la realidad de un pronunciamiento de la administración que respondía a una petición que elevó el señor Jorge Pinto a través de su apoderado para que le fueran reconocidas la relación de trabajo y las prestaciones derivadas de esta condición por esa razón señora juez de forma muy respetuosa quiero manifestar basado en que la calificación del señor Jorge como trabajador oficial es equivocada, que en la secretaria de educación no existe un solo trabajador oficial, todos los empleados que hacen parte de la planta tienen un relación legal y reglamentaria pero ninguno es trabajador oficial en esa medida al no existir un juicio de igualdad que permita equiparar las obligaciones que ejecutaba el señor Jorge Pinto León con las de un trabajador oficial no es dable concluir que se tenga que acceder a la declaración de asistencia de una relación de trabajo y por esa razón entonces tendría el superior que revocar la decisión que aquí se ha adoptado.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S.S., la Sala resolverá los puntos planteados por las partes, partiendo del recurso interpuesto por la parte demandada por cuestión metodológica, para luego abordar los argumentos de la parte demandante.

Es así como de entrada se determina que no le asiste razón a la parte demandada en cuanto al tratamiento de trabajador oficial que se le dio al actor, ya que tal cuestión como bien lo adujo la decisión de primer grado, se encontraba dirimida en este asunto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que en decisión del 11 de marzo de 2020, determinó que las funciones desempeñada por el señor Jorge Pinto, claramente se enmarcaban dentro de las asignadas por vía legal a los **trabajadores oficiales.**

De tal manera, la decisión antes mencionada no se torna ilegal como erradamente lo sostiene la entidad recurrente también en sus alegaciones, no pudiéndose esta Sala apartarse de lo allí decidido, esto es, de la asignación de competencia para conocer del asunto bajo estudio dada la calidad del actor de trabajador oficial.

Sentado lo anterior y respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante cuyos argumentos reitera en alegaciones, indica en primer lugar que no se determinó la unidad de contrato, no obstante, la decisión de primer grado, declaró la existencia de un único contrato entre el actor y la demandada que tuvo lugar entre el 19 de septiembre de 2005 al 16 de agosto de 2016, de manera que tal argumento, se torna confuso.

Ahora, respecto del reproche en cuanto a la absolución por concepto de pago de pólizas y dineros de retención en la fuente generados por la suscripción de los contratos de prestación de servicios, se tiene que respecto del primer rubro, si bien la Sala Laboral de la CSJ ha señalado entre otras en sentencia SL 4866 de 2021 la procedencia de ordenar la devolución de las sumas pagadas por concepto seguros para el perfeccionamiento del presunto contrato de prestación de servicios, lo cierto es que también ha hecho énfasis en que dichas sumas deben estar probadas como pagadas por el trabajador, lo que no ocurre en el caso bajo estudio, pues no se allegó por esta parte

documental alguna expedida por la aseguradora ante la cual se pagó el valor de la prima de seguro reclamada y ninguna otra documental de las allegadas da cuenta de dicho pago, por lo que al no demostrarse el valor de lo pagado por tal concepto, no resulta procedente imponer condena alguna.

Lo propio ocurre en cuanto a la devolución de lo descontado por concepto de retención en la fuente, pretensión que también se torna improcedente como lo ha reiterado la Sala Laboral de la CSJ entre otras en sentencia SL2973 de 2018, oportunidad en que señaló:

*En cuanto a la reclamación por devolución de pagos realizados por concepto de «pólizas de cumplimiento y retención en la fuente» la Sala no accede a estas pretensiones, de un lado, la demandante no acreditó haber realizado pagos como tomadora de las denominadas pólizas de cumplimiento en favor de la demandada, aunado al hecho de que aún si hubiesen sido acreditado, dichos rubros correrían la misma suerte prescriptiva y, **de otro lado, las sumas retenidas en la fuente por el Instituto de Seguros Sociales fueron entregadas a la DIAN, y su reclamo debe adelantarse ante esta entidad y por vía diferente al trámite procesal ordinario de carácter laboral.** (Negrilla fuera del texto original)*

Por último, en cuanto a la declaratoria de la excepción de prescripción respecto de las vacaciones, prima de vacaciones y bonificación por recreación, tal punto tampoco será objeto de modificación en tanto como bien lo adujo la decisión de primer grado, estas tienen un tratamiento distinto en cuanto a la contabilización del término prescriptivo y en efecto, fueron afectadas por este fenómeno.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado
Salvo voto

Porque la clasificacion de los servidores del Distrito Especial de Bogota la establecen los Decretos 1042/78 y la Ley 27/1992 art 2o siendo la regla general para el sector central el que los servidoees son publicos sin que se haya acrditado excepcion alguna y sin que la sala disciplinaria pudiera exceder la materia de su competencia y decidir el conflicto calificando al demandante como trabajador oficial. Por lo anterior considero que no se debio reconocer tal calidad y en. consecuencia se debio absolver a la demandada de todas las pretensiones.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 21-2019-033-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARISOL MANZANARES LEÓN
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora KAREN MENDIVELSO, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado veintiuno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de enero de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Porvenir S.A., Colpensiones y la parte demandante.

ANTECEDENTES

La señora MARISOL MANZANARES LEÓN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21202100033-02 Dte: MARISOL MANZANARES LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ineficacia del traslado que realizara del RPM al RAIS; como consecuencia de tal declaración, peticiona se condene a Porvenir a devolver al RPM todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de aseguradora con todos los frutos como rendimientos financieros intereses y gastos de administración, condenando a Colpensiones a validar dichos aportes y actualizar su historia laboral.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se trasladó del RPM al RAIS el 1 de abril de 1997, suscribiendo formulario de traslado a este último, no obstante ello, esta AFP omitió el deber del buen consejo al no brindarle una información clara y completa de los beneficios, y consecuencias de su traslado, que el 15 de enero de 2021, solicitó ante la AFP del RAIS información de pensión y aceptación de un posible traslado, esto último solicitó ante Colpensiones y le fue negado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, manifestó no constarle el hecho contenido en No. 4 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe .

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en numeral 4 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, 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.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21202100033-02 Dte: MARISOL MANZANARES LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARISOL MANZANARES LEÓN al régimen de ahorro individual el 24 de febrero de 1997 y fecha de efectividad a partir del 1º de abril de 1.997, por intermedio de PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, como-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 deben asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado. Para ello se le concede el término de un (1) mes.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que se encontraba acreditado la afiliación primigenia de la actora al RPM a través del entonces ISS, en el que cotizó 546 semanas previo su traslado al RAIS, este último conforme formulario allegado del 24 de febrero de 1997; indicó que el despacho había acogido los planteamientos de la Sala de Casación Laboral esbozados desde el año 2008 en cuanto a la ineficacia de traslado como consecuencia de la falta de información, jurisprudencia que había sido reiterada de manera mayoritaria; y la cual indicaba que los traslados al RAIS, eran válidos únicamente si estaban precedidos del deber de información pertinente a este que había surgido con la Ley 663 de 1993, en aras de lograr no solo un simple consentimiento por parte del afiliado sino un consentimiento informado, esto es, al afiliado debía proporcionársele la información suficiente propia de las características de ambos regímenes, las desventajas y desventajas que le puede acarrear al afiliado previo al traslado de régimen pensional, atendiendo a sus particulares condiciones pensionales, ya que eran las AFP las que contaban con todas las herramientas para determinar si un traslado de régimen le resultaba perjudicial o benéfico al afiliado para así tener como configurado un consentimiento informado, deber que estaba en consonancia con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 100 de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21202100033-02 Dte: MARISOL MANZANARES LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

1993, que dicho deber de información igualmente se encontraba en el artículo 13 de dicha normatividad y 97 de la Ley 663 de 1993, reiterado y desarrollado entre otras en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, deber de información que está a cargo de la AFP y el que no se cumplía con la elaboración de simples proyecciones pensionales o manifestar únicamente la ventajas del RAIS, ya que dicho deber estaba dirigido a actuar con transparencia y así informar al afiliado las consecuencias, accesos, condiciones de pertenecer a cada uno de los regímenes existentes, términos en los que se debió haber informado a la actora conforme su fecha de afiliación al RAIS, que como se indicó fue en 1997.

Indicó que dicho deber de información, se debía suministrar atendiendo a la calidad de las AFP, quienes son las entidades expertas en la materia y recibían una contribución por el servicio que prestaban, de igual forma, las negaciones indefinidas debían ser probadas por la parte contraria conforme lo previsto en el artículo 167 del CGP, aspecto que había reiterado la Sala Laboral de la CSJ, indicando que para los asuntos bajo estudio, la carga de la prueba no podía radicar en cabeza del afiliado, sino en cabeza de los fondos de pensiones; conforme a lo cual, en el trámite procesal, no se había demostrado por Porvenir S.A., que al momento de su traslado le había proporcionado a la demandante la información pertinente y necesario para obtener de él un consentimiento informado al momento de suscripción del formulario de afiliación en el año 1997, conclusión a la que se llegaba conforme a las pruebas recaudadas en el plenario y si bien el formulario, contenía la anotación de que el traslado allí plasmado se había realizado de forma libre y voluntaria, lo cierto era que tal anotación no daba cuenta de que a la demandante se le hubiera suministrado la información en los términos señalados por la jurisprudencia, formularios respecto de los cuales la CSJ había indicado que la suscripción de este no constituía un verdadero consentimiento informado, el que únicamente se lograba con el suministro de toda la información pertinente.

De igual forma, en el interrogatorio de parte vertido por la demandante, no se confesaba situación alguna respecto del deber de información, ya que señaló



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21202100033-02 Dte: MARISOL MANZANARES LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

que le manifestaron que el ISS se iba a acabar y en el RAIS tendría mejores condiciones pensionales y Porvenir S.A., no probó que se le hubiera indicado características, condiciones, ventajas y desventajas de su traslado, nada se había confesado al respecto, pues la demandante manifestó no conocer tales aspectos y no habiendo prueba que demostrara el cumplimiento del deber de información distinta al formulario de afiliación, observándose de manera clara el incumplimiento de dicho deber lo que conllevaba a que el traslado realizado por la demandante, se tornaba ineficaz, lo que imponía su regreso inmediato al RPM, ordenando a Porvenir S.A., realizar el traslado a Colpensiones de los dineros junto con rendimientos y sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, depositados en la CAI de la demandante, siendo deber igualmente de Porvenir S.A., efectuar el traslado a favor de la administradora del RPM de lo descontado por concepto de gastos de administración, bonos pensionales, sumas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima y primas de seguro previsional durante la afiliación de la demandante a dicha APF.

Por último indicó que no se declaraba probada la excepción de prescripción, por cuanto la acción de ineficacia, tenía una relación intrínseca con derechos pensionales, los que tenían el carácter de imprescriptibles.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió señalando que esa AFP siempre había actuado de buena fe en el traslado de la actora y el manejo de sus aportes, que se aplicaban de manera retroactiva pronunciamientos jurisprudenciales proferidos con posterioridad al acto del traslado y para promover este último, se había actuado conforme a las normas de la época, 14 del Decreto 3436 de 1982, decreto 663 de 1996 y Ley 100 de 1993, con fundamento en las cuales a la actora se le había respetado su derecho de libre escogencia del régimen a través de la suscripción del formulario, sino que se le garantizó una información veraz y suficiente de manera verbal, a más que la demandante indicó que no se le coaccionó para trasladarse al RAIS, siendo cuestionable la condena en la medida que respecto a la carga de la prueba, se le exigía algo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21202100033-02 Dte: MARISOL MANZANARES LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

imposible como era demostrar la asesoría y buen consejo desarrolladas con posterioridad al traslado, vulnerándose el principio de confianza legítima y seguridad jurídica con ello. Que se podía evidenciar que la inconformidad de la actora estaba relacionada con el monto de la mesada pensional, lo que desconocía el principio de cobertura integral del sistema, no existiendo falta al deber de información.

En cuanto a los gastos de administración señaló que se desconocía el principio de restituciones mutuas previsto en el artículo 1746 del CC, ya que a pesar que esa AFP había ejecutado sus obligaciones, no es compensada por ello con los gastos en que incurrió por la administración de los aportes y ellos no eran de propiedad del afiliado, eran descontados por mandato legal y su traslado generaba un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, en cuanto a las primas de seguro, su devolución también resultaba improcedente ya que eran recursos que no se encontraban en su poder sino en el de una aseguradora y ya habían sido destinados para el cubrimiento de los riesgos de invalidez y sobrevivencia y de haber bono pensional, este debía ser devuelto al Ministerio de Hacienda y no a Colpensiones, respecto a los rendimientos, ellos igualmente se generaban por la gestión de esa AFP y con la condena de indexación, se estaría generando una doble condena por el mismo concepto.

Colpensiones recurrió señalando que las decisiones respecto de declaratoria de ineficacia, desconocían el principio de sostenibilidad financiera al generar una situación caótica en el reconocimiento prestacional de las personas que venían aportando al RPM y ayudando al sostenimiento del mismo, que esta se garantizaba con el cuidado de los fondos que permitieran pagar las prestaciones de sus afiliados y esa entidad debía velar por los dineros pertenecientes al erario, los que se debían proteger conforme a los principios constitucionales y al declarar la ineficacia, era el patrimonio público quien financiaba las prestaciones de los afiliados trasladados y ellos no habían aportado al fondo común, su ahorro no era suficiente para cubrir las prestaciones que causaran conforme su expectativa de vida.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21202100033-02 Dte: MARISOL MANZANARES LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Solicitó de confirmarse la ineficacia, se evaluará la necesidad de elaboración y pago de cálculo actuarial a cargo de la AFP del RAIS o la parte demandante para soslayar la descapitalización del sistema en los términos consagrados en la sentencia SU 062 de 2010.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora MARISOL MANZANARES, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., el 24 de febrero de 1997 y que fuera allegado por esa AFP junto con escrito de contestación al plenario digital.

En este orden, la figura de la ineficacia del traslado, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21202100033-02 Dte: MARISOL MANZANARES LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos y contrario a lo manifestado por Porvenir en su recurso y por Colpensiones en alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Porvenir en recurso y alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Marisol, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS, el que quedó probado, tuvo lugar en el año 1997; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, contrario sensu, se allanó a las pretensiones.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21202100033-02 Dte: *MARISOL MANZANARES LEÓN* Ddo.: *COLPENSIONES Y OTRO*

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., la documental contentiva de formulario de afiliación no resulta suficiente para concluir que se le hubiera brindado a la actora, toda la información referente a su traslado de régimen pensional previo a suscribir dicho formulario de afiliación, que se itera, ni siquiera obra en el proceso máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales del afiliado y ningún dato relevante a su situación pensional.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21202100033-02 Dte: MARISOL MANZANARES LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Aunado a lo anterior y continuando con la observancia del criterio jurisprudencial transcrito y tantas veces reiterado, se concluye que **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información en los términos antes señalados y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, arribando luego de efectuar dicho estudio la decisión de primer grado a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio para el caso particular del demandante, conclusión que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, deber que contrario a lo indicado por Porvenir, no surgió con posterioridad a la afiliación de la actora al RAIS.

En cuanto al traslado de recursos ordenado en decisión de primer grado, tal decisión no será objeto de modificación, pues resulta procedente como lo ha reiterado la Sala Laboral de la CSJ, entre otras en sentencia SL3156 del 29 de junio de 2022, M.P. Iván Mauricio Lenis; oportunidad en que indicó:

*Ahora, dado que la ineficacia implica que para todos los efectos legales la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD, la Sala también modificará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que Porvenir S.A., **además de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, deberá devolver a Colpensiones 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. (Negrilla fuera del texto original).*

Respecto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso como en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante y demás emolumentos señalados



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21202100033-02 Dte: MARISOL MANZANARES LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

en decisión recurrida durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones y demás que realizó la actora a órdenes de Colpensiones, las que una vez trasladadas, entrarán a hacer parte del fondo común administrado por esta demandada.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1997**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, no se puede considerar libre y voluntario; razones suficientes para **confirmar** la declaratoria de ineficacia de traslado en los términos de la sentencia de primer grado.

En cuanto a la solicitud de la parte demandante esbozada en alegaciones, se tiene que no habrá pronunciamiento al respecto ya que tal aspecto no fue objeto de recurso en los términos del artículo 66A del CPTSS. En lo referente a la solicitud de cálculo actuarial elevada por Colpensiones, la misma no resulta procedente ya que como se indicó, ante el traslado de los recursos determinados en aparte pertinente no se desfinancia el RPM, aunado a ello, lo pretendido no se estudia bajo las previsiones de la sentencia SU – 062 de 2010.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 21202100033-02 Dte: MARISOL MANZANARES LEÓN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 28-2018-357-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CARLOS ARTURO BERNAL

DEMANDADO: EAAB

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron allegadas las de la parte demandante y demandada, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS ARTURO BERNAL por intermedio de apoderado judicial, solicita se ORDENE el pago a su favor de la diferencia entre lo reconocido y el valor de la asignación básica mensual correspondiente al nivel 21, desde el 17 de marzo de 2008 y hasta la fecha de su reconocimiento, por consiguiente solicita se ordene el pago de diferencia de cesantías, primas de servicios, vacaciones, interés a la cesantía, derechos convencionales, pago

de sanción por no consignación oportuna de cesantías e indexación de las sumas objeto de condena. (fl. 2).

Fundamentó sus pretensiones afirmando que fue vinculado con la demandada el 30 de junio de 1999 a través de contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñarse en el cargo de médico general grado 160, cuyas funciones se detallan en resolución 370 de 1996, que el 12 de julio de 2002, la demandada modificó la tabla de niveles y escala salarial, asignándole el grado 30, que el 22 de septiembre de 2004, se dispuso su traslado a la dirección de servicio médico de salud ocupacional, área en la que se empezó a desempeñar, que el 17 de marzo de 2008, le comunicó a la demandada la culminación de especialización en dicha área, quedando habilitado para realizar funciones de médico especialista, que a partir de dicha data, el trato a él dispensado fue como médico especializado en el área de Gerencia de Gestión Humana y Administrativa – División de Salud Ocupacional, que para permanecer en dicha dirección, le fue exigido acreditar título de especialización y licencia en salud ocupacional.

Señala que siempre ha cumplido con las funciones asignadas para el cargo de médico especializado nivel 21 del área de gestión humana – salud ocupacional, pero a pesar de ello, no se generó ningún aumento salarial, que el 30 de octubre de 2009, recibió un memorando en su condición de médico especialista en el que se le aclaran temas referentes a los procesos de admisión de nuevos trabajadores que debe realizar la división de salud ocupacional, que a pesar de ello, su salario seguía siendo reconocido como médico grado 30.

Que actualmente el médico grado 21, devenga como salario la suma de \$5.266.970 y el grado 30 de \$4.110.820, adeudándosele las diferencias en la remuneración y las que se generan en las prestaciones, que el 13 de marzo de 2018, elevó reclamación administrativa ante la demandada para el pago de nivelación salarial y esta le fue negada. (fl. 2 y 3).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal la demandada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 2.1, 2.3 a 2.5 y 2.28 y manifestó no constarle los demás propuso como excepciones las

que denominó inexistencia de la obligación en cuanto a la pretendida nivelación salarial, inexistencia del cargo de médico especializado dentro de la EAAB, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, pago y prescripción. (fl. 147)

La demandada impetró demanda de reconvención contra el actor solicitando el pago de las mayores sumas a él pagadas, afirmando que devenga una asignación mayor al grado 21 que indica el actor existe al interior de la demandada, a lo que el demandante en contestación a esta última, se opuso. (fl. 294 y 418)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, declarando probados los medios exceptivos propuestos por la primera y condenó en costas al actor. (fl. 477)

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez de primer grado:

Como fundamento de sus pretensiones manifestó el actor que ingresó a trabajar a la EEAB por concurso de méritos el día 30 de junio de 1999 para desempeñar el cargo de médico general prestando sus servicios hasta el año 2003 en la unidad médica propia de las convocadas; sin embargo este servicio fue liquidado y en consecuencia reubicado el personal en otras áreas de la empresa, algunos en el área de salud ocupacional para continuar desempeñando el cargo de médico hasta el año 2007 cuando el Ministerio de Protección Social expidió la resolución 2346 del año 2007 con la que regula la práctica de evaluaciones médicas u ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales donde se le delegó esta función exclusivamente a médicos especialistas en medicina del trabajo o salud ocupacional con licencia vigente, optando la empresa demandada por patrocinar la especialización en salud ocupacional, así fue reiterado dentro del interrogatorio de parte del demandante en el que además aceptó que ha trabajado siempre en el turno de 4 horas diarias y que al mismo tiempo estuvo prestando servicios en el ISS, posteriormente luego de la liquidación de este de manera simultánea prestó servicios en la Policía Nacional en turno de 6 horas diarias, finalmente admitió haber ingresado con el nivel salarial 160 que fue modificado con la resolución 773 de 2002 al nivel 30, de igual manera a fin de dilucidar los hechos y pretensiones de la demanda inicial y de la demanda de reconvención se escuchó el testimonio de Yeimy Espitia quien es profesional especializada en la EEAB, hecho por el cual conoce al demandante desde el año 2000 quién se desempeña como médico en la unidad de salud de la empresa en el turno de 11 de la mañana a 3.00 de la tarde para atender a los trabajadores y pensionados de la empresa, aseveró que tras la liquidación de la unidad de salud el servicio médico se transformó en salud ocupacional continuando el aquí demandante atendiendo a los trabajadores del acueducto, para explicar el sistema de ingreso y ascenso en la empresa, narró que inicialmente ella ingresó como nivel 52 que es el básico de su rango y posteriormente se especializó con una beca que le pagó su empleador, que presentó concurso de méritos para ascender a profesional especializado cargo que desempeña actualmente agregó también que la convención colectiva establece las becas y un sistema de ascenso para los trabajadores en el que

la empresa publica las convocatorias para las becas y si se está interesado el trabajador presenta la solicitud que puede ser aprobada o negada por la empresa dependiendo de si se cumple con los requisitos y el número de cupos que se encuentran disponibles.

Asimismo se escuchó el testimonio de la señora Sofia Gutiérrez Pardo quien es la jefe de la división de salud vinculada a la empresa desde el año 2002 quien manifestó haber pasado al área de salud ocupacional como profesional especializado nivel 20 desde el año 2004, le consta que el demandante se desempeñó como médico atendiendo consultas en el servicio médico de la empresa y posteriormente fue asignado al área de salud ocupacional que a raíz de la resolución 2346 del año 2007 expedida por el Ministerio de la Protección Social se exigió una especialización en salud ocupacional aparte del título de médico para continuar en la atención en salud ocupacional, frente a los testimonios de los señores Bernardo Enrique Hernández castillo y Juanita María Suárez Osorio el despacho resuelve la tacha propuesta por el apoderado de la parte actora quien fundamenta su petición en que los testimonios pueden estar parcializados en favor de la aquí demandada, ya que ambos testigos trabajan actualmente para la empresa demandada.

Para resolver la tacha el despacho advierte desde ya que la misma no tiene vocación de prosperidad por cuanto el hecho de que un trabajador que citaba como un testigo en un proceso que se encuentre vinculado a la empresa demandada no resulta suficiente para considerar que su credibilidad se ve afectada pues así lo indicó nuestra Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias del 13 de julio del año 2012 bajo el radicado 41198 en la que señaló que si bien debe atenderse con mayor atención lo dicho por estos testigos también es cierto que es precisamente a ellos los trabajadores a quienes les consta de manera directa las situaciones fácticas que envuelve el litigio.

Resuelto lo anterior se procede entonces a citar en síntesis lo manifestado por los testigos en los siguientes términos; el señor Bernardo Enrique Hernández, jefe de división en salud ocupacional de la EAAB, vinculado desde el 3 de diciembre de 1999 declaró que inicialmente ingresó por concurso para ocupar el mismo cargo que desempeña el señor Bernal en una jornada laboral de 20 horas semanales es decir cuatro horas diarias, que a raíz de la liquidación del servicio de salud que prestaba directamente la empresa de acueducto en el año 2004 los trabajadores allí contratados fueron asignados a otras áreas de la empresa entre ellos el demandante al área de salud ocupacional para ejercer el mismo cargo como médico en el mismo horario de cuatro horas diarias, siendo esa una excepción a la jornada en general pues el resto de los trabajadores cumplen horario de 9 horas diarias de lunes a viernes, relató que en el año 2002 la empresa realizó una modificación en la escala salarial de los trabajadores creando los grupos 20,30,40 y 50 con nivel salarial siendo el grupo 30 la asignado a los tecnólogos que se califica por el segundo dígito 30,31,32 que define el nivel de experiencia del trabajador siendo cero para los más expertos y dos para aquellos trabajadores que ingresaban sin experiencia, escala que se aplicaba a todos los grupos salariales; expuso que para el caso de los médicos que el cargo se dejó en la escala salarial 30 por el número de horas que trabajaba 4 horas a diferencia de los tecnólogos nivel 30 que laboran 45 horas semanales, es decir 9 horas diarias, mientras que un profesional especializado en salud ocupacional es nivel 21 porque además de tener una profesión especializada trabajaba 48 horas semanales atestiguó que en la definición de los profesionales especializados se crearon dos niveles en el área de salud ocupacional 1 el nivel 20 que es el jefe de la división y dos todos profesionales nivel 21 que trabajan 8 horas diarias y sus actividades están orientadas a la seguridad industrial es decir sus funciones principales son el control de la accidentalidad, el levantamiento de panorama de factores de riesgo, la coordinación de los planes de emergencia, el acompañamiento a operativos para garantizar el control de los riesgos, hacer pruebas de conducción en general de control de la accidentalidad y brindar capacitaciones, mientras que el médico nivel 30 tiene como funciones apoyar campañas de prevención de riesgos, atender trabajadores en consulta, apoyar el plan adicional de salud, apoyar la interventoría, realizar auditorías, finalmente adujo que en la empresa no existe el cargo de médico especializado y que en la actualidad hay contratados 9 médicos nivel 30 desempeñando la función antes descrita en turnos de 4 horas diarias; por su parte la señora Juanita María Suárez Osorio profesional especializada en la EAAB desde el 15 de octubre del año 2002 manifestó que los profesionales especializados así como los demás cargos son

nombrados por concurso para el ingreso y ascenso y que para la reasignación de los niveles salariales se dejó a los médicos en el nivel 30 por el número de horas que prestaban el servicio en aras de establecer un salario acorde con el que venía percibiendo y acorde con las jornada laboral de 4 horas conservándose denominación de médico, en cuanto al cargo nivel 21 aseguró que corresponden a profesionales especializados que han ingresado o ascendido dentro de la planta de trabajadores de la empresa porque acreditan no solamente un título profesional de especialista sino porque certifican experiencia profesional y tienen una jornada de trabajo de 8 horas y 15 minutos diarios de lunes a viernes por lo que la asignación salarial es equivalente a ese tiempo de servicio.

Pues bien recapitulando lo manifestado por los testigos y el mismo demandante dentro del interrogatorio de parte en la audiencia anterior, al valorar el material probatorio aportado dentro de las diligencias de lo que se puede concluir lo siguiente; que el aquí demandante fue contratada por la EAAB desde el 30 de junio de 1999 para desempeñar el cargo de médico código 6400-21 nivel 160 con una asignación salarial de \$1.048.300 en la jornada ordinaria y en los turnos señalados por el empleador en la unidad de servicio médico de la empresa con contrato de trabajo a término indefinido como se evidencia a folio 216 de las diligencias, también se tiene que el actor desempeñó esa función durante 4 horas diarias entre las 11:00 de la mañana y las 3:00 de la tarde de acuerdo con la asignación que le hiciera la empresa mediante comunicación 6500-1999-0709 del 27 de julio de 1999 hecho que fue corroborado por el demandante dentro del interrogatorio de parte en el que adicionó que simultáneamente había trabajado en turnos de 6 horas para el Instituto de Seguro Social y posteriormente para la Policía Nacional con la resolución número 773 del 12 de julio del año 2002, que la empresa hoy demandada dispuso modificar los niveles y escalas de los cargos de los trabajadores oficiales de la planta de personal de la empresa en cumplimiento de lo pactado en el artículo 106 de la convención colectiva de trabajo que estableció la creación de un escalafón para trabajadores oficiales a fin de disminuir el número de niveles salariales adoptando como tabla de niveles y escala salarial para el caso del demandante en el cargo de médico que pasó del nivel 160 con salario de \$1.313.160 al nivel 30 con una asignación mensual de \$1.600.000, que mediante decreto número 010 del año 2004 el Ministerio de la Protección Social canceló la autorización otorgada al servicio médico y odontológico de la EAAB y ordenó su liquidación folios 226 a 228 con lo que la empresa solicitó la autorización del traslado de los médicos a la división de salud ocupacional a través del oficio número 6510- 2004 -1362 del 22 de septiembre del año 2004 folio 25, comunicado al actor mediante el oficio 14400-2004- 1025 del 11 de octubre de 2004 folio 26, de conformidad con lo descrito por el testigo Bernardo Enrique Hernández, jefe de división de salud ocupacional empresa demandada y la resolución número 00528 del 25 de junio de 2007 folios 31 a 33 el demandante debía realizar la valoración médico laboral de ingreso, re ubicación y retiro de los trabajadores para dar cumplimiento a la normatividad vigente y al programa de salud ocupacional de la empresa, una vez ubicada en el área de salud ocupacional y habiéndose desempeñado desde el año 2004 hasta el año 2007 el Ministerio de la protección social expidió la resolución 2346 con la que reguló la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales y el manejo y contenido de las historias clínicas ocupacionales resolviendo en el artículo 9 que el personal responsable de realizar estas evaluaciones deben ser médicos especialistas en medicina del trabajo o salud ocupacional con licencia vigente, directriz que fue comunicada al personal médico que se desempeñaba en la división de salud ocupacional a través del oficio número 14420 – 2007- 0622 del 30 de agosto del año 2007 folio 30, por esta razón y para poder continuar desempeñando el cargo de médico la empresa ofreció capacitación a todos los médicos mediante un programa denominado medicina del trabajo dictado por la Universidad del Bosque con la opción de homologar sus estudios en el posgrado de salud ocupacional el cual fue tomado por el actor mediante patrocinio de la empresa, así se lee a folio 44 a 464 terminando sus estudios en la Universidad Manuela Beltrán en el mes de marzo del año 2008 folios 245, que a pesar de haber adquirido este nuevo título el demandante continuó desempeñando las mismas funciones, que realizaba la valoración médico laboral de ingresos, reubicación y retiro de los trabajadores bajo el mismo cargo de médico con la misma asignación salarial del nivel 30 y en el mismo horario de 4 horas diarias; así se corrobora con el interrogatorio de parte del demandante y los memorandos aportados al plenario que se avizoran en los folios del 39 al 55 en los que se requiere o informa el demandante sobre asuntos que

tienen directa relación con las funciones esenciales descritas para el cargo de médico nivel 30 en la resolución ya citada número 0528 del año 2007.

Sin embargo, lo que alega el demandante en el presente litigio es tener derecho a la compensación recibida por los profesionales especializados nivel 21 como quiera que cuentan con un título de especialización patrocinado por la misma empresa, de la revisión de la resolución número 11 a 11 de 2007, folios 32 a 33 es concordante con lo dicho por el señor Bernardo Enrique Hernández castillo que era jefe de divisiones de salud ocupacional, las funciones de estos profesionales es la de realizar un control de la accidentalidad en los trabajadores, el levantamiento del panorama de factores de riesgo, la coordinación de los planes de emergencia, el acompañamiento operativo para garantizar el control de los riesgos, hacer pruebas de conducción y control de la accidentalidad y brindar capacitaciones, funciones que en ningún momento fueron desempeñadas por el hoy demandante, conforme la asignación de funciones descritas para su cargo y para las cuales era requerido en diversas oportunidades por su superior, aunado a lo anterior y en lo que resulta más contundente para establecer una diferencia entre el cargo que desempeñó el actor y al que pretende le sea reconocido es el horario del cumplimiento de las funciones pues como ha quedado establecido hasta el momento el accionante se ha desempeñado durante todo el tiempo de vinculación en una jornada de 4 horas diarias mientras que el profesional especializado para este caso el área de salud ocupacional debe prestar sus servicios durante 8 horas y 15 minutos diarios de lunes a viernes a folio 258 de las diligencias lo que para el año 2018 le representó un ingreso de 5.266.970 pesos, mientras que el cargo de médico grado 30 para ese mismo año tiene un ingreso mensual de 4.110.820 pesos por las 4 horas laboradas.

En conclusión, entre los dos cargos si se genera una diferencia salarial para ser compensada por el tiempo de servicio le resultaría desfavorable al aquí demandante con la jornada laboral asignada le correspondería a la mitad de la asignación del profesional especializado que para el caso del año 2018 sería la suma de 2.633.485 pesos, salario inferior al que estuvo percibiendo el demandante en el cargo de médico nivel 30, ahora otro aspecto importante para resaltar es que de las pruebas practicadas en el experticio también se pudo constatar que no era obligatoria la capacitación en salud ocupacional para continuar desempeñando el cargo de médico nivel 30 pues para el caso de la doctora Clara Elvira Velandia no continuó con sus estudios de especialización y sin embargo continua prestando sus servicios como médico ejerciendo las demás funciones del cargo a excepción de la consulta por medicina y salud ocupacional y manejo de historias clínicas conforme a nuevo requerimiento del Ministerio en resolución número 2346 de 2007, además de lo anterior con la declaración de los testigos es claro para esta judicatura que para el ingreso de los trabajadores se debe participar en un concurso de méritos tal como lo hizo el demandante para ingresar a la empresa así como para el ascenso del cargo inicialmente contratado, debe aplicarse nuevamente una prueba dentro de la convocatoria que abra la empresa tal como lo realizó la testigo Juanita María Suarez luego de haber terminado los estudios patrocinados por su empleador cuando accedió al cargo de profesional especializada, esto se corrobora con la convención colectiva de trabajo que reposa a folio 249 en los artículos 55 y 57 donde se establece la aplicación del escalafón para el proceso de selección y promoción del personal mediante aplicación de pruebas de conocimiento más la formación académica para garantizar la eficacia y productividad y evitar la burocratización en todas las áreas, en consecuencia resulta desatinado pensar que por el hecho de que el actor haya realizado estudios de posgrado automáticamente debía ser remunerado conforme a nivel profesional especializado sin cumplir con el horario establecido para dicho cargo y las funciones y menos aún haber sido promovido de acuerdo con los lineamientos establecidos por la entidad para tal fin esto es el sistema de escalafón pues tal como lo atestigua la señora Suárez Osorio en la entidad existen personas con estudios superiores incluso especialización en cargos de rangos bajos una entidad; para terminar esto es el sistema de escalafón está como lo atestigua la señora Suárez Osorio en la entidad existen personas con estudios superiores incluso especialización en cargos de rangos bajos y tampoco existe dentro de la entidad el cargo de médico especializado como lo afirmaron los testigos y se confirma con la relación de denominación de cargos que obra en los folios 127 al 130 además de la resolución 773 del año 2002, con lo anteriormente señalado encuentra el despacho que no le asiste derecho al demandante que se le reconozca y pague la diferencia en la asignación básica mensual correspondiente al nivel especializado grado 21 y por ende no procede las demás

pretensiones que de ello se derivan de igual manera se habrá de absolver al demandante de las pretensiones de la demanda de reconvención.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante indicó:

Llama la atención que por vía judicial se interprete y se modifique el alcance del contrato de trabajo porque como se puede verificar en el contrato presentado como prueba documental a folio 413 y folio físico 19 y 216 el contrato fue suscrito entre las partes para indicar una jornada de trabajo ordinaria y no de medio tiempo, sucede entonces que falta la precisión objetiva de la prueba y le da un alcance totalmente diferente al que se genera porque automáticamente se convence de que si existe la posibilidad de que ese cargo sea trasladado a pesar de ser un profesional por reglas de la experiencia aceptar que ese profesional se ha visto como un tecnólogo o técnico para luego de manera desatinada entrar a mencionar que si existen trabajadores que se quedaron sin hacer la especialización y que hacen parte del área de salud ocupacional, acepta que con excepción de la consulta y el manejo de historias clínicas la señora Clara Elvira Velandia si se permite ser médico grado 30; en ese sentido entonces la pregunta es si no se requería la especialización para atender consulta y manejo de historias clínicas porque el doctor Carlos Bernal sí las asistía, la pregunta que se hace la demandante en ese sentido es porque si el nivel 30 de médico podía hacer parte de salud ocupacional porque allí no se modificó el manual de funciones para agregarle además el requisito de la especialización en salud ocupacional y por el contrario porque olvidó la juez de primera instancia verificar y leer la resolución 298 del 2011 donde con claridad se verifican muchas de las funciones a las cuales si atendió el doctor Carlos Bernal y que están allí incluidas para el nivel que se solicitaba en el escrito de demanda, hablar del acceso por concurso es aceptar que el derecho que tenía el doctor Carlos Arturo para en el momento del achatamiento incluir función dentro del área de salud ocupacional ya había presentado el ese concurso y lo que tenía que haber hecho la empresa de acueducto de Bogotá trasladarlo al nivel conforme la nueva resolución y la nueva estructura de cargos de la empresa, decir que le es menos favorable al trabajador porque trabaja medio tiempo al acceder al nivel 21 que le pagan sobre 8 horas 15 minutos es disponer de la voluntad de las partes en el contrato donde con claridad aplica y concede la jornada de trabajo sin excepciones es decir que la juez de primera instancia está entendiendo que el contrato de puede cambiar unilateralmente al concederle 4 horas sin el trabajador haber hecho una aceptación expresa, contrario a la empresa de acueducto donde no se refleja ningún cargo por resolución y por estructura orgánica de la empresa no se contempla ningún cargo a medio tiempo surgiendo una nueva pregunta; es posible que un juez de la república modifique lo que ya está contenido por la ley, es posible que un juez desconozca el contenido de un contrato de trabajo y solo en aras o bajo la excusa de un medio tiempo olvide que es medio tiempo ha sido por mandato del empleador mas no por acuerdo entre las partes ni por naturaleza del proceso.

De manera tal que ahí la parte que represento encuentra desatinado el estudio del fallador de primera instancia por una carente de valoración probatoria en lo que se refiere pediríamos a la sala laboral verifique objetivamente cada una de las pruebas aportadas estructuralmente para los siguientes; probado esta que el contrato de trabajo se vinculó por el término de la jornada ordinaria de trabajo sin cláusula de exclusividad ni concurrencia, probado esta que las funciones del profesional las desarrolla el doctor Carlos Arturo Bernal en el tiempo en que se lo requiere el empleador y probado esta que la formulación de la demanda nunca fue para que se nombrara el médico profesional especializado sino para que se le igualara bajo el principio constitucional y en ese sentido se le asignara el salario que en dignidad y legalidad le corresponde, por último en el sentido de la condena de agencias en derecho que ha decretado el despacho de una manera totalmente ausente de la realidad que corresponde a un trabajador acceder a la administración de justicia es el derecho del trabajador acceder ante las inquietudes para que este resuelva con la aplicación de la ley quien tiene la razón o a quien le corresponde el derecho pero el hecho de castigar al trabajador con 2 salarios mínimos se torna un poco desfasado, fuera de la realidad incluso en contravía de la calidad del proceso y en ese sentido también del acuerdo de consejo superior de la judicatura para

dicha situación, de manera que se pregunta la parte demandante si nos encontrábamos ante 2 demandas y en una pierde el trabajador y en otra pierde la empresa de acueducto porque a la empresa de acueducto no se le condena en agencias en derecho por haber promovido también esa demanda.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de reparo la existencia de la relación laboral alegada, en virtud de la cual, la demandante labora a favor de la demandada, desde el 30 de junio de 1999, como se verifica copia de contrato de trabajo suscrito entre las partes visible a folio 216 del plenario, siendo contratado el actor para el desempeño del cargo de médico nivel 160 y que actualmente ejerce el cargo de médico nivel 30.

Señala el demandante, que tiene derecho a que los salarios y prestaciones devengados por él, se reliquiden teniendo en cuenta que en la realidad, desempeñó el cargo de Médico Especializado nivel 21 a partir del año 2008.

Respecto de la nivelación salarial, dispone el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo:

ARTICULO 143. A TRABAJO DE IGUAL VALOR, SALARIO IGUAL. <Artículo modificado por el artículo [7](#) de la Ley 1496 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:>

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo [127](#).

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.

3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.

Este precepto normativo, ha sido desarrollado por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que en pronunciamiento radicado No. 69663 del 25 de julio de 2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicó respecto de la carga de la prueba en asuntos como el estudiado lo siguiente:

*Al respecto, la Sala tiene adoctrinado que **quien pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe***

demostrar el cargo que desempeña y la existencia de otro trabajador que ejecute el mismo puesto, con similares funciones y eficiencia (sentencias CSJ SL, 5 feb. 2014. Rad. 39858 y SL 20 oct. 2006. Rad. 28441 que reiteró las providencias SL 10 jun. 2005 y 24 may. 2005. Rad. 24272, entre otras).

Sin embargo, mediante sentencia CSJ SL, 17462-2014 la Corte precisó dicho criterio, para señalar que en tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo por el artículo 7.º de la Ley 1496 de 2011 -según la cual «todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», la carga de la prueba, también se invierte. Por tanto, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre el trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador justificar la razonabilidad de ese trato, por cuanto es aquel quien está en mejores condiciones de producir la prueba respectiva. (Negrilla fuera del texto original)

Sobre el particular, se observa que la parte demandante, no funda sus pretensiones en la existencia de un trabajador que se haya desempeñado como Médico Especializado Grado 21 y que él ejecutó las mismas labores que este, lo que de entrada no permite efectuar comparación alguna a efectos de establecer la existencia de trato diferencial alguno en materia salarial.

De otra parte y como lo señaló la decisión de primer grado, quedó suficientemente probado y fue confesado por el actor que se desempeñaba en un horario de 4 horas diarias, de 11:00 a.m., a 3:00 p.m., circunstancia que no implica modificación alguna del horario pactado en el contrato de trabajo suscrito por las partes como erradamente lo indica el recurrente, ya que la cláusula TERCERA del mismo establece con claridad que la empresa fijará dicho horario y realizará ajustes al mismo atendiendo a criterios de conveniencia, lo que igualmente obedece al ejercicio de la facultad del ius variandi, aunado a lo anterior, no se demuestra que el actor se encuentre inconforme con ejercer sus labores dentro de dicho horario, máxime cuando también manifestó que laboró de manera simultánea primero al ISS y luego a la Policía Nacional, estando vinculado también con la demandada.

Ahora bien, el cumplimiento de tal horario es lo que determina con claridad que al actor no le asiste derecho a la nivelación salarial planteada, al quedar suficientemente probado con el dicho de los testigos que el médico grado 21, tiene un horario asignado de tiempo completo, aunado a lo cual, las funciones ejercidas por el profesional especializado grado 21 y que se detallan en resolución No. 298 del 13 de mayo de 2011, visible a folios 56 del plenario, no coinciden con las que indica el actor haber ejercido desde su ingreso a laborar con la demandada y que detalla en libelo demandatorio, lo que sí sucede respecto de las asignadas al médico nivel 30, descritas en resolución No. 528 del 25 de junio de 2007 y aportada por el demandante a folio 31 del plenario; no habiendo elementos de juicio que permitan concluir la existencia de la nivelación salarial deprecada.

Por último y en cuanto al reproche del recurrente en cuanto al valor en que se estimó las agencias en derecho, conforme lo previsto en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, al ser la parte demandante la vencida en el proceso, es procedente dicha condena conforme lo señalado en decisión de primer grado; respecto de la cuantía y atendiendo a las previsiones del artículo 366 del estatuto procesal en mención, esta podrá ser objeto de reproche en la etapa procesal pertinente,

Por todo lo anterior, se **confirmará** la decisión de primer grado.

Sin costas en esta instancia.

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

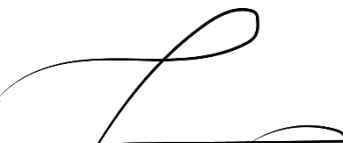
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 29-2018-220-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ÁLVARO ENRIQUE PANTOJA
DEMANDADO: UGPP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA COMPLEMENTARIA

En cumplimiento de lo ordenado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en decisión del 11 de mayo de 2022, revisa la Corporación el fallo proferido el 6 de febrero de 2020 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ANTECEDENTES

El señor ÁLVARO PANTOJA, demandada a la UGPP, solicitando se declare que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo 1998 – 1999, suscrita entre la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la misma, como consecuencia de tal declaración peticiona ser ordene a la demandada reconocer y pagar a su favor pensión convencional de jubilación prevista en el artículo 41 de la convención en mención a partir del 23 de septiembre de 2012, cuantía del 75% del último promedio mensual devengado, junto con reajustes, mesadas adicionales e indexación. (fls. 50 y 51).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue vinculado mediante contrato individual de trabajo a término indefinido por la Caja de Crédito

Agrario, Industrial y Minero entre el 16 de abril de 1977, vinculación que tuvo lugar hasta el 15 de junio de 1999, que esa sociedad dio por terminada su vinculación de forma unilateral por disolución y liquidación, laborando para esta un total de 22 años y 2 meses, que el último cargo por él desempeñado fue el de director III, grado 9, devengando como último salario la suma de \$1.475.888, que siempre estuvo afiliada al sindicato Sintracreditario, por lo que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo en cita.

Indica que cumplió 55 años de edad el 23 de septiembre de 2012 y solicitó ante la demandada reconocimiento de pensión convencional, el que le fue negado en resolución RDP 012426 de 2015. (fls. 49 y 50).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada UGPP en debida forma, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 9 a 12, negó el No. 8 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó falta de causa e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, mala fe del demandante, falta de agotamiento de vía administrativa – demanda antes de tiempo, falta de requisito de procedibilidad. (fl. 75).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la UGPP a reconocer y pagar al demandante pensión convencional a partir del 23 de septiembre de 2012, en cuantía inicial de \$2.314.562, junto con reajustes y pago de sumas causadas por concepto de retroactivo pensional y condenó en costas a la demandada.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandada.

TERCERO: CONSÚLTESE la sentencia con la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

CUARTO: ORDENAR que el retroactivo adeudado al demandante sea pagado de manera retroactiva.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que no había sido objeto de reparo la vinculación laboral del actor con la extinta Caja Agraria, como tampoco su calidad de afiliado a la organización sindical de

la misma; así las cosas, el actor había acreditado los requisitos para ser beneficiario de la pensión prevista en el artículo 41 de la convención colectiva con vigencia 1998 – 1999, ya que el cumplimiento de la edad, era sólo un requisito de exigibilidad, arribando a los 55 años el 23 de septiembre de 2012, no siendo aplicable por ende para su caso las previsiones del AL 01 de 2005.

RECURSO DE APELACIÓN

La entidad **demandada** señaló que el actor no cumplía con los requisitos para la prestación convencional reclamada ya que alcanzó la edad requerida con posterioridad al 31 de julio de 2010, siendo este el límite temporal consagrado en el AL 01 de 2005, para causar las prestaciones de tal naturaleza.

La Sala de Decisión Transitoria Laboral de esta Corporación en providencia del 28 de junio de 2021, resolvió confirmar la decisión de primer grado, en curso de trámite de recurso de casación, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso la devolución de las diligencias en aras de que surtiera el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de debate la relación laboral sostenida por el demandante y la Caja de Crédito Agrario Industrial, la que tuvo vigencia, de manera ininterrumpida entre el 16 de abril de 1977 al 15 de junio de 1999, esto es, por más de 20 años conforme se observa de certificación expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, visible a folio 4 del plenario.

Determinado lo anterior, la Sala analizará si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión contemplada en el art. 41 de la convención colectiva con vigencia 1998-1999, no habiendo ofrecido reparo que fue beneficiario de dicho instrumento cuando se encontraba vigente el vínculo laboral que sostuvo con la extinta Caja Agraria, como lo certifica la organización sindical Sintracreditario a folio 9 del expediente.

Como bien lo señaló el juzgador de instancia y contrario a lo afirmado en este punto por la entidad recurrente en su recurso y alegaciones, en lo que refiere a la interpretación del párrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que conforme al criterio que impera en la Sala de Casación Laboral¹, al tratarse la prestación petitionada de una pensión de jubilación regulada por el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajadores para la vigencia 1998-1999 celebrada entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Crédito Público y la organización sindical Sintracreditario, es posible contrastar la prestación que se reclama con lo normado en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, toda vez que para la causación del derecho pensional se requiere cumplir únicamente con el tiempo de servicios, esto es, 20 años continuos o discontinuos al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario y Minero siendo la edad de 55 años en el caso de demandante, simplemente un requisito de exigibilidad, mas no de causación, se reitera.

Así las cosas, de la simple lectura del párrafo 1° del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo que se analiza, lo que se infiere sin mayor esfuerzo es que convencionalmente no se acordó que junto con el tiempo de servicios el trabajador activo tenía también que cumplir la edad correspondiente, puesto que lo que dice de la norma convencional es que el trabajador que se retira o es retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años en el caso de los hombres o del actor, y 50 en el caso de las mujeres, tienen derecho a la pensión convencional de jubilación **una vez cumplan la edad mencionada**, siempre y cuando haya reúnase el requisito de 20 años de servicios prestados a la institución, tiempo se acredita en el presente caso.

En consecuencia, procede reiterar a la entidad recurrente que el cumplimiento de la edad requerida en la convención bajo análisis, no es más que un requisito habilitante o de exigibilidad que no puede confundirse con la naturaleza de causación de la cual si goza el cumplimiento de tiempo de servicios.

Considera la Sala que la interpretación que realizó el juzgado respecto del párrafo transitorio 3° del Acto legislativo 01 de 2005 es acertada, ya que en el presente caso la situación pensional de carácter convencional del actor se

¹ CSJ SL289 Rad.62107 del 14 de febrero de 2018, SL526 Rad.63158 del año 2018 y SL5030 de 2019.

causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, a la fecha de su retiro del servicio, que quedó determinado, ocurrió antes del año 2005, y por lo tanto, con posterioridad al 31 de julio de 2010, al demandante solo le bastaba alcanzar la edad de los 55 años de edad como única exigencia para consolidar el derecho pensional, los que alcanzó el 23 de septiembre de 2012 (fl. 3), sin que el límite temporal del 31 de julio de 2010 que estableció el legislador lo afectara, toda vez que la disposición contenida en la primera parte del parágrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, le permitió conservar la expectativa de acceder al derecho pensional, como en efecto ocurrió. En consecuencia, tiene derecho al reconocimiento pensional que deprecia en los términos del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo visible a folio 26 del expediente.

Reconocimiento que debe ser efectuado por la demandada, en virtud de lo previsto en los Decretos 255 de 2000 y 2842 de 2013, este último le otorgó a la entidad demandada la competencia para asumir el pago de las obligaciones pensionales a cargo de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, quedando acreditado en el presente que por ser la prestación a reconocerse, de naturaleza convencional, estaba a cargo de la empleadora del actor, debiendo ser su pago asumido por la demandada.

De otra parte, procede señalar que de antaño lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la pensión convencional bajo estudio, tiene el carácter de **compartible** con la de vejez que le llegare a ser reconocida al actor, debiendo reconocer la aquí demandada el mayor valor causado entre la de vejez y la de jubilación.

En cuanto al término prescriptivo, aspecto que se revisa en **grado de consulta**, es bien sabido que el derecho pensional objeto de discusión al interior del presente proceso es imprescriptible, no así, las mesadas pensionales que se causen con ocasión al reconocimiento de la prestación y que no sean reclamadas en el término de tres años siguientes a su causación, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 del C.S.T., y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Por lo anterior, en el presente caso a folio 3 del plenario se observa que el actor alcanzó los 55 años de edad el 23 de septiembre de 2012, presentando la primera reclamación ante la demandada de la pensión bajo estudio, el 5 de

septiembre de 2014, como se observa a folio 6 del plenario, documental que da cuenta que en dicha data fue recibida la reclamación en comento por la entidad demandada, siendo resuelta en resolución RDP 012426 del 30 de marzo de 2015, que le fuera notificada al actor vía correo electrónico el 10 de abril de 2015, como se desprende de expediente administrativo allegado por la demandada y en la que se le puso de presente que contaba con 10 días para recurrir dicha decisión, los que vencían el 24 de abril de dicha anualidad, sin que se probara que la misma fue recurrida por lo que atendiendo a que la acción judicial fue radicada el 30 de abril de 2018 (fl.64), se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 30 de abril de 2015, aspecto en el cual, se deberá **modificar** el numeral PRIMERO de sentencia recurrida.

En cuanto a la liquidación de la mesada pensional, se observa que en documental visible a folio 4, el Ministerio de Agricultura, señaló los valores de factor fijo y factor variable devengados por el actor en el último año de servicios, liquidación que se ajusta a las previsiones del parágrafo 3 del artículo 41 de la convención colectiva cuya aplicación se invoca, teniendo como resultado la suma de \$1.475.888, suma a la que se debe aplicar una tasa de reemplazo del 75% y de dicho resultado debe ser indexado al 23 de septiembre de 2012, actualización que es procedente para todas las pensiones, con independencia de su origen como en efecto lo señalara la decisión recurrida, cuestión que se definió por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 29022 del treinta y uno (31) de julio dos mil siete (2007).

Liquidada la primera mesada pensional en los anteriores términos, se observa conforme liquidación efectuada por el grupo liquidador de esta Corporación, se obtiene que la primera mesada pensional a reconocer por la entidad demandada, a partir del 1 de mayo de 2015, ascendería a \$2.406.677, debiendo la UGPP, asumir el mayor valor resultante entre esta mesada pensional y la que eventualmente sea otorgada al actor de carácter legal, atendiendo a la compartibilidad de la dos prestaciones como se señalara en precedencia, razón por la cual, no se calculará monto de retroactivo pensional.

Por último y como bien lo adujo la decisión de primer grado, el reconocimiento pensional objeto de estudio, deberá realizarse a razón de 14 mesadas por haberse causado con anterioridad a la expedición del AL 01 de 2005.

Costas como se indicó en decisión que se complementa.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de sentencia recurrida, para en su lugar **declarar parcialmente probada** la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 30 de abril de 2015, teniendo como mesada inicial para dicha anualidad la suma de \$2.406.677, la que deberá reconocerse a partir del 1 de mayo de 2015.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión de primer grado.

TERCERO: Costas como se indicó en decisión que se complementa

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 30 2019 478 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: JEEMY ALBRECHT MENDIETA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Winderson José Moncada, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas, revisa la Corporación la sentencia proferida el 25 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de las entidades demandadas Colpensiones y Porvenir.

ANTECEDENTES

El señor JEEMMY ALBRECHT MENDIETA, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la vinculación que realizara al RAIS a través de Protección S.A, que esta debe ordenar su retorno al RPM y enviar el valor de los saldos por concepto de aportes pensionales a este último junto con gastos de administración, declarando igualmente que Colpensiones debe aceptar dicho traslado de recursos y tenerlo como afiliado y Protección debe reconocer y pagar a su favor 50 SMLV como consecuencia de la conducta que atentó contra su derecho de libre escogencia de régimen; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Protección a aceptar la nulidad de su afiliación a esa AFP, realizar los trámites para su retorno al RPM, trasladar el valor de sus aportes pensionales, junto con cobros por administración a Colpensiones, condenar a esta última a aceptar su retorno a ese régimen y el traslado de aportes, tenerlo como afiliado y condenar a Protección a pagar a su favor la suma de 50 SMLV.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que laboró para diferentes empleadores efectuando aportes pensionales al ISS desde 1976, que en el año 2005, varios asesores de la AFP Protección lo indujeron de manera equívoca a trasladarse al RAIS, que dicha afiliación está viciada de error y por consiguiente es nula, que dichos asesores para promover su traslado le explicaron maravillas respecto del RAIS, entre otras, que se pensionaría en menos tiempo y ello no interfería en el valor de su mesada pensional, que la misma sería mayor a la que recibiría en el RPM, que la mesada pensional que recibiría en el RPM, equivaldría aproximadamente al 20% de la que recibiría en el RAIS, que no se le suministró una asesoría clara y personalizada en cuanto a las consecuencias del traslado.

Señala que solicitó ante Protección y Colpensiones la anulación del traslado al RAIS y afiliación a este último, solicitudes que fueron negadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 41 y 42, negó el No. 17 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia del derecho y la obligación y buena fe.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., también se opuso a las pretensiones invocadas, aceptó los hechos contenidos en numerales 19, 26, 36 a 41, 44, 45, manifestó no constarle los No. 17, 18, 28, 33, 42 y 43 y negó los demás; propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del SGP, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

La litisconsorte PORVENIR S.A., manifestó no allanarse ni oponerse a las pretensiones invocadas, adujo no constarle ninguno de los hechos; propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de la obligación, compensación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió:

PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor JEIMMY ALBRECHT MENDIETA SANABRIA del Instituto de Seguros Sociales a la AFP COLMENA AIG CESANTIAS Y PENSIONES hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION realizada mediante la suscripción del formulario de fecha 28 de agosto de 1997 con efectividad 1° de octubre de 1997, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculado al demandante señor JEIMMY ALBRECHT MENDIETA SANABRIA al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condénese a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan de la cuenta de ahorro individual del actor, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de

administración durante todo el tiempo que ha permanecido en dicho fondo, es decir desde 1 de OCTUBRE DE 1997 al 30/09/2000 y desde el 1 de mayo de 2005 hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo debidamente indexados. Conforme a lo expuesto

CUARTO: *Condénese a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a devolver los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho fondo, esto del 1° de octubre de 2000 al 30 de abril de 2005, del patrimonio del fondo debidamente indexados, conforme a lo expuesto en la parte motiva*

QUINTO: *Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante señor JEEMMY ALBRECHT MENDIETA SANABRIA, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.*

SEXTO: *Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.*

SEPTIMO: *Condénese en costas de esta instancia a PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la suma de (\$3.840.000), a cargo de PROTECCION S.A. y en la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$1.500.000) A CARGO DE LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto.*

OCTAVO: *sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. (...)*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme las pruebas allegadas al plenario, se determinaba la densidad de semanas que había cotizado el demandante al RPM, su traslado a diferentes entidades del RAIS, estando afiliado a Protección S.A.; e historia laboral que daba cuenta de una densidad de cotizaciones efectuadas por el demandante en ambos regímenes, que la figura para abordar lo pretendido, era la ineficacia de traslado de régimen en los términos de la Ley 100 de 1993 y lo indicado por la CSJ; indicó que las normas vigentes al momento de traslado del actor en el año 1997, era la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 y 271 y los Decretos 663 de 1993, 696 de 1994, que regulaba todo lo referente a los traslados de regímenes pensionales como entre los fondos del mismo régimen.

Que como quiera que la pretensión principal se encaminaba a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS y la jurisprudencia de la de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había señalado que el traslado de régimen debía

estar precedido de una debida información completa y comprensible, sobre los efectos, consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen; información que le correspondía acreditar a la AFP y conforme interrogatorio vertido por el demandante, este hacía un recuento de las circunstancias de tiempo modo y lugar que rodearon su traslado al RAIS, que manifestó conocer las características de este último y se trasladó especialmente porque le indicaron la posibilidad de pensionarse a menor edad y que el ISS se iba a acabar; que dichas aseveraciones indicadas por la actor, no eran suficientes para dar por cumplido el deber de información pues si bien se le indicaron las ventajas del RAIS, nada se le dijo respecto de las consecuencias adversas de su decisión, debiendo Colmena hoy Protección S.A., haberle indicado tales aspectos al actor y los traslados que este realizara a las AFP restantes, no eran un acto de relacionamiento, al no demostrarse el deber de información en los términos señalados por ninguna de las AFP convocadas.

Que no se había logrado demostrar con claridad un aspecto tan importante y determinante como es el tema de la voluntad debidamente informada, en los términos indicados por la línea jurisprudencial aplicable, esto es, que fuera veraz completa, suficiente sobre las reales implicaciones de su traslado y su situación pensional en uno u otro régimen, siendo esta una obligación del fondo administrador de pensiones que promovió el mismo por tener una posición dominante, tiene la posibilidad de probar dicho suministro y si bien era cierto que cuando se hablaba de que documentaron clara y suficientemente la información no implicaba necesariamente que haya quedado constancia en prueba escrita sino que podía probar por cualquier medio que efectivamente se le dio esa información, no obstante no había ninguna prueba al respecto por lo que era pertinente acceder a las pretensiones de demanda y los titulares de periódicos no daban cuenta de tal circunstancia, declarando ineficaz el acto de traslado de la actora al RAIS, con el consecuente traslado de aportes por parte de Protección S.A., junto con rendimientos a Colpensiones, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, traslado de dichos gastos, recursos que debían ser de manera indexada y que también debían ser trasladados por parte de Porvenir S.A., durante el tiempo en que la actora estuvo afiliada a este.

Señaló por último que no salía avante la excepción de prescripción por cuanto la acción bajo estudio, tenía relación intrínseca con derechos pensionales que tenían naturaleza de imprescriptibles y la misma suerte corrían los gastos de administración, ya que hacían parte de un derecho en construcción.

RECURSOS DE APELACIÓN

Protección señaló en su recurso que no había lugar a trasladar los gastos de administración, ya que eran descuentos legales que se realizaban en ambos regímenes, tenían una destinación específica que no era financiar la mesada pensional y se depositaban en cuentas diferentes a la CAI del afiliado; y si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación era entender que la demandante nunca había estado afiliada en el RAIS, sólo había lugar a retornar los aportes junto con rendimientos.

Inconforme con la decisión, **Porvenir S.A.**, indicó que no había lugar a declarar la ineficacia del traslado, ya que el traslado del actor a esa AFP y a las demás, había sido libre y voluntario, este había recibido la información requerida para la época, con la suscripción del formulario el demandante plasmó su voluntad de pertenecer al RAIS, en donde permaneció por más de 20 años, que esa AFP cumplió a cabalidad con sus obligaciones en materia de información y esta no se exigía en los términos para la época de traslado, que esa AFP no se opuso ni se allanó a las pretensiones y tampoco hizo uso de interrogatorio de parte, vulnerándose el principio de congruencia entre lo pedido y lo decidido, que no era su deber impedir su afiliación al RAIS, pues ello no estaba previsto para la data en que actor se afilió a esa AFP, que el actor no hizo uso del derecho de retracto, tampoco retornó al RPM en las oportunidades que le daba la Ley.

Indicó que el demandante había sido poco diligente en cuanto a su situación pensional y no toda omisión en la información viciaba el consentimiento debiéndose establecer que en verdad se estaba causando un perjuicio al demandante, lo cual no estaba probado, que respecto de los gastos de administración, ya que estos tenían una destinación específica consagrada en la Ley y eran retribuidos por la gestión de la AFP.

Colpensiones indicó que había que estudiar la particularidad de cada caso, que el actor era una persona capaz, consciente y con unas cualidades profesionales altas que permitían concluir que su decisión de afiliación al RAIS, había sido acorde a su voluntad y buscaba mejores beneficios para su situación pensional, que en cuanto a las proyecciones pensionales, estas no eran útiles para demostrar vicio en el consentimiento, no pudiéndose aplicar la carga de la prueba en forma genérica, ya que quien afirma la ocurrencia de un hecho, es quien debe soportar la carga de probarlo y la inversión de esta, exigía la igualdad de las partes.

Que no todos los afiliados eran una parte indefensa, ya que por interés propio debían asesorarse y el actor había tenido 2 oportunidades para ello y los traslados horizontales daban cuenta que tenía la voluntad de permanecer en el RAIS, no siendo dable alegar la ignorancia de la Ley, ya que la Ley 100 de 1993, era una norma de carácter nacional que estaba a disposición de todos los habitantes del territorio colombiano.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que lo pretendido por el señor JEEMMY MENDIETA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad del traslado de régimen pensional que efectuara el 28 de agosto de 1997, a través de formulario de afiliación suscrito con Colmena AFP hoy Protección S.A., documental que fue allegada por esa AFP y por el demandante como se verifica en expediente digital; quedando fuera de discusión los demostrados traslados horizontales que realizara a Porvenir y su retorno a Protección S.A.

En este orden, si bien se peticionó la declaratoria de nulidad, como bien lo adujo la decisión de primer grado, cuando se alega la falta en el deber de información en el acto de traslado, lo pretendido se estudia a través de la figura de la ineficacia de traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo

Botero Zuluaga; oportunidades en que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Es así como para estos casos, contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios

que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada hoy Protección S.A. haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia, que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por la entonces AFP Colmena hoy Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 1997, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a la recurrente Porvenir S.A., como lo indica en su recurso, afirmar que se le había brindado a la demandante la información en los términos antes señalados cuando se trasladó a esa AFP, cuando de ello sólo obran los formularios en mención, de lo que no se puede concluir que dicho traslado haya sido libre y voluntario como lo señala esta AFP también en sus alegaciones, cuando el demandante no tenía conocimiento de las implicaciones del mismo.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) 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

-artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, que resulta vinculante por ser proferido por el organismo de cierre de esta jurisdicción, se logra determinar que contrario a lo afirmado por las recurrente Colpensiones y Porvenir, este ha sido enfático en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que sí le correspondía a Protección S.A., probar el suministro de dicha información al señor Jeeimmy, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora por entonces AFP Colmena, deber que contrario a lo señalado por Porvenir en su recurso, no se suple con el formulario, documental que no resulta suficiente para concluir que se le hubiera brindado a la actor toda la información referente a su traslado

pensional previo a suscribir dicho formulario de afiliación, máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales del afiliado y ningún dato relevante a su situación pensional.

Sentado lo anterior y contrario a lo indicado por Colpensiones en alegaciones y recurso, el hecho de que el demandante no hubiera retornado al RPM en los plazos legales concedidos para el efecto, no lo priva de la posibilidad de acudir a esta acción judicial alegando la falta al deber de información, siendo también deber de la administradora del RAIS que promovió su traslado a ese régimen haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante como se vio, ello no ocurrió.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indican las AFP recurrentes, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, **los que no están sujetos al término prescriptivo**, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Sobre este tópico, se tiene que el concepto a que alude Porvenir S.A., en alegaciones emanado por la Superintendencia Financiera, no ostenta el carácter de vinculante, pues tal carácter sólo lo poseen los proferidos por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Es así como, contrario a lo afirmado por la administradora pensional del RPM en alegaciones, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta

indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con gastos de administración y comisiones, durante el tiempo en que estuvo afiliada al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

Respecto a los actos de relacionamiento a que alude Colpensiones como sustento de su recurso, se tiene que contrario a lo manifestado por esta, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiesta la recurrente Colpensiones en alegaciones, el demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en dicho acto brindarle al afiliado toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, pues conforme el papel que desempeñan en el sistema son las encargadas de promover las afiliaciones y son quienes conocen el manejo y características del sistema pensional, conocimiento que no poseen los afiliados y que se debe garantizar con independencia de su formación profesional.

Ahora bien, contrario a lo manifestado por las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A., no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado por vicios de tal índole, lo cierto es que se itera,

este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia** y así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Finalmente, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 30 2019 854 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: OLGA LUCÍA MARTÍNEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Winderson José Moncada, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas, revisa la Corporación la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de las entidades demandadas y la parte demandante, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora OLGA LUCÍA MARTÍNEZ, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia de la afiliación que realizara al RAIS por intermedio de Protección y Porvenir S.A., por haber incurrido dichas AFP en violación al deber de información; como consecuencia de tal declaración, solicita se determine que su afiliación al RPM no sufrió solución de continuidad y por ello permanece afiliada a Colpensiones, que se condena a Protección S.A., a efectuar la devolución total de los aportes depositados en su CAI como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, devolución que también solicita respecto de Porvenir S.A., y rendimientos financieros, ordenando a Colpensiones a recibir los mismos; de manera subsidiaria peticiona se condene a los fondos demandados a responder por los perjuicios económicos causados, condenando a las AFP en mención a reconocer y pagar pensión de vejez en iguales condiciones a las que tendría derecho en el RPM.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que nació el 30 de diciembre de 1967, que se vinculó al RPM a través de su empleador de la época entre el 1 de enero de 1995, cotizando al ISS 476 semanas hasta el 7 de junio de 1995, que el 23 de agosto de dicha anualidad, motivada por la asesoría de un funcionario de la entonces Horizonte AFP, se trasladó al RAIS, que este funcionario no le informó de manera clara sobre la oportunidad que tenía de retractarse de dicha decisión, que en esa AFP cotizó 177,23 semanas y el 3 de junio de 1998, se trasladó a Porvenir S.A., en la que permaneció hasta julio de 2010, que en esa oportunidad no se le informó tampoco sobre el derecho de retracto.

Señala que el 30 de junio de 2010, se trasladó a la AFP Protección, que cuenta con 1338 semanas de cotización, que su mesada pensional de haber permanecido en el RPM sería de mayor cuantía a la que recibiría en el RAIS, que está próxima a cumplir 57 años de edad y la AFP en mención le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el RPM, que ninguna de las AFP a las que se afilió le ofreció información suficiente, amplia, veraz y oportuna que le permitiera tener claras las implicaciones de su decisión

de traslado de régimen, que no el pusieron de presente comparativo pensional alguno, que recibió una información incompleta que la llevó a tomar una determinación inadecuada, que el perjuicio causado con dicho traslado, sólo fue evidenciado en el 2019, cuando Protección le informa la posible cuantía de su mesada pensional, sin que le hubiera sido informado la posibilidad que tenía de retornar al RPM antes del cumplimiento de los 47 años. Refiere por último que agotó reclamación administrativa ante las demandas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 y 29 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia del derecho y la obligación y buena fe.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., también se opuso a las pretensiones invocadas, aceptó los hechos contenidos en numerales 11 a 13 y 31, negó los No. 1, 14, 15, 17, 18, 20, 22, 24, 26 a 28 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del SGP, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

PORVENIR S.A., de igual forma, se opuso a las pretensiones invocadas, manifestó no constarle los No. 1 a 3, 11, 12, 15, 16, 20, 22, 25, 28 y 30 y negó los demás; propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, compensación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió:

PRIMERO: *Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante del RPM a Horizonte hoy Porvenir S.A. administradora del RAIS, mediante suscripción del formulario del 23 de agosto de 1995.*

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante al RPM.

TERCERO: Condénese a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con rendimientos y costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que ha permanecido en dicho fondo, es decir desde el 1 de septiembre de 1995 hasta el 31 de julio de 2010, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

CUARTO: Condénese a Protección S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores de la CAI de la actora junto con rendimientos y costos cobrados por concepto de administración durante el lapso en que permaneció afiliada a dicho fondo, esto es, entre el 1 de agosto de 2010 y hasta cuando se haga efectivo el traslado debidamente indexados.

QUINTO: Ordénese a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la CAI de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPM. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme las pruebas allegadas al plenario, se determinaba la densidad de semanas que había cotizado la demandante al RPM hasta mayo de 1994, su traslado a Horizonte AFP a partir del 1 de septiembre de 1995, luego a Porvenir el 1 de agosto de 1998, en el que permanece hasta julio de 2010; e historia laboral que daba cuenta de una densidad de cotizaciones efectuadas por la demandante en ambos regímenes de más de 1318 semanas, que se habían recaudado interrogatorios de parte de los extremos procesales y la demandante indicó conocer las características del RAIS y expuso conocer la existencia del bono pensional, la posibilidad de pensionarse anticipadamente, que requería un capital que financiara el 110% de la pensión mínima, que se había acercado a Protección a buscar su traslado, porque era la que le proporcionaba mayor rendimiento y que le indicaron que el ISS se iba a acabar; indicó que las normas vigentes al momento de traslado de la actora, era la Ley 100 de 1993, en sus artículos 13 y 271 y los Decretos 663 de 1993, 696 de 1994, que regulaba todo lo referente a los traslados de regímenes pensionales como entre los fondos del mismo régimen.

Que como quiera que la pretensión principal se encaminaba a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había señalado que el traslado de régimen debía estar precedido de una debida información completa y comprensible, sobre los efectos, consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen; información que le correspondía acreditar a la AFP y conforme interrogatorio vertido por la demandante, esta hacía un recuento de las circunstancias de

tiempo modo y lugar que rodearon su traslado al RAIS, que manifestó conocer las características de este último y se trasladó especialmente porque le indicaron la posibilidad de pensionarse a menor edad y que el ISS se iba a acabar; que dichas aseveraciones indicadas por la actora, no eran suficiente para dar por cumplido el deber de información pues si bien se le indicaron las ventajas del RAIS, nada se le dijo respecto de las consecuencias adversas de su decisión, debiendo Porvenir en el 2003, haberle indicado tales aspectos a la actora, que el traslado que realizara a Protección, no era un acto de relacionamiento, al no demostrarse el deber de información en los términos señalados por ninguna de las AFP convocadas.

Que no se había logrado demostrar con claridad un aspecto tan importante y determinante como es el tema de la voluntad debidamente informada, en los términos indicados por la línea jurisprudencial aplicable, esto es, que fuera veraz completa, suficiente sobre las reales implicaciones de su traslado y su situación pensional en uno u otro régimen, siendo esta una obligación del fondo administrador de pensiones que promovió el mismo por tener una posición dominante, tiene la posibilidad de probar dicho suministro y si bien era cierto que cuando se hablaba de que documentaron clara y suficientemente la información no implicaba necesariamente que haya quedado constancia en prueba escrita sino que podía probar por cualquier medio que efectivamente se le dio esa información, no obstante no había ninguna prueba al respecto por lo que era pertinente acceder a las pretensiones de demanda y los titulares de periódicos no daban cuenta de tal circunstancia, declarando ineficaz el acto de traslado de la actora al RAIS, con el consecuente traslado de aportes por parte de Protección S.A., junto con rendimientos a Colpensiones, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, traslado de dichos gastos, recursos que debían ser trasladados de manera indexada y que también debían ser trasladados por parte de Porvenir S.A., durante el tiempo en que la actora estuvo afiliada a este.

Señaló por último que no salía avante la excepción de prescripción por cuanto la acción bajo estudio, tenía relación intrínseca con derechos pensionales que tenían naturaleza de imprescriptibles y la misma suerte corrían los gastos de administración, ya que hacían parte de un derecho en construcción.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Porvenir S.A.**, indicó que no había lugar a declarar la ineficacia del traslado, ya que no se había impedido o atentado contra la decisión de la demandante, quien para el año 1995 se había trasladado a Horizonte AFP de manera libre y voluntaria, oportunidad en que le se brindó la información completa y comprensible según la normatividad de la época, esto es, las características principales de cada uno de los regímenes y esta confesó haber conocido las mismas respecto de ambos regímenes, igual indicó que se había trasladado al tener la posibilidad en el RAIS de pensionarse anticipadamente, que sus aportes le generarían rendimientos para incrementar el monto de su mesada pensional y los requisitos para pensionarse en el RPM, sabía qué eran los aportes voluntarios y conocía acerca de los bonos pensionales; en cuanto a las desventajas, no se podía hablar de las mismas pues estas en cada régimen son excluyentes entre sí, para lo cual se le manifestaron las características de cada uno y ella estaba en libertad de decidir a cuál pertenecer conforme la información brindada.

Indicó que el formulario de afiliación era un documento público que se presumía auténtico y no se había tachado de falso, que para las fechas en que se afilió al RAIS y se trasladó de administradora, había tenido 3 asesorías, actos de relacionamiento e interrogatorio de parte en que ella indica que conoce las características de cada uno de los regímenes pensionales, no explicándose el engaño por ella alegado cuando conocía dichas características; que la actora se encontraba inmersa en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003, norma que fue declarada exequible, por lo que no era dable que la demandante se excusara en una falta de información porque su plan de pensión no resultó acorde con lo que ella esperaba.

En cuanto a los gastos de administración señaló que la Ley 100 de 1993, indicaba que estos procedían también en el RPM, no formaban parte de la pensión del afiliado y por ello, eran susceptibles de prescripción y conforme la Ley y concepto de la Superintendencia financiera, cuando se declaraba la ineficacia de traslado, sólo era procedente devolver las cotizaciones y rendimientos, más no las primas de seguro previsional, ya que la aseguradora cumplió con su obligación de proteger el riesgo.

Respecto de los traslados horizontales, se generaron 3 por parte de la demandante, siendo claros los actos de relacionamiento en el RAIS, pues pudo haber retornado en alguna de dichas oportunidades al RPM y no lo hizo, contrario a ello señaló estar conforme con el RAIS.

Protección señaló en su recurso que no había lugar a trasladar los gastos de administración, ya que eran descuentos legales que se realizaban en ambos regímenes, tenían una destinación específica que no era financiar la mesada pensional y se depositaban en cuentas diferentes a la CAI del afiliado; y si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación era entender que la demandante nunca había estado afiliada en el RAIS, sólo había lugar a retornar los aportes junto con rendimientos y de ordenarse el traslado de cualquier otro concepto, Colpensiones estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa, que los mismos eran susceptibles de fenómeno prescriptivo, pues no financiaban la mesada pensional.

Colpensiones indicó que la decisión iba en contravía de las disposiciones legales del CC y Ley 100 de 1993, que no se había valorado de manera correcta el interrogatorio rendido por la demandante, quien había señalado que no había existido una falta de información en los traslados al RAIS, señalando claramente las características de este y los requisitos para adquirir derecho pensional, conoció del derecho de retracto y dijo que su traslado a Protección se dio porque era más rentable este, que le explicaron sobre los bonos pensionales, pudiéndose concluir que no hubo una falta de información y su voluntad de permanecer en ese régimen se vio ratificada ya que permaneció durante más de 25 años realizando aportes a este, tiempo durante el cual no retornó al RPM.

Que no era dable imponer obligación de brindar información no prevista en el ordenamiento jurídico para la fecha de afiliación en virtud del principio de confianza legítima, que la actora se trasladó de forma horizontal en 2 oportunidades, evidenciándose actos de relacionamiento y las características propias de los regímenes estaban previstas en las leyes, las que eran de público conocimiento y no era dable alegar su ignorancia, que la actora había manifestado conocer muchas características de ambos regímenes y de mantenerse la decisión solicitó no se modificara la absolución de condena en

costas y la procedencia del traslado de los dineros conforme lo señalado en primera instancia.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que lo pretendido por la señora OLGA LUCÍA MARTÍNEZ, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuara el 23 de agosto de 1995, a través de formulario de afiliación suscrito con Horizonte AFP hoy Porvenir S.A., documental que fue allegada por esa AFP como se verifica en expediente digital; quedando fuera de discusión los demostraos traslados horizontales que realizara la demandante para el año 1998 a Porvenir y para el 2010 a Protección S.A.

En este orden, la ineficacia de traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; oportunidades en que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de

2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Es así como para estos casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada hoy Porvenir S.A. haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia y lo reitera la parte demandante en sus alegaciones, que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por la AFP Horizonte S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 1995, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a la demandada Porvenir S.A., como lo indica en su recurso, afirmar que le había brindado a la demandante la información en los términos antes señalados, cuando de ello sólo obra el formulario en mención, de lo que no se puede concluir que dicho traslado haya sido libre y voluntario como lo señala esta

AFP también en sus alegaciones, cuando la demandante no tenía conocimiento de las implicaciones del mismo.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, que resulta vinculante por ser proferido por el organismo de cierre de esta jurisdicción, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones, este ha sido enfático en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que sí le correspondía a Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la señora Olga, desde la fecha en que esta suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora por entonces AFP Horizonte, deber que contrario a lo señalado por esta última en su recurso, no se suple con el formulario, documental que no resulta suficiente para concluir que se le hubiera brindado a la actora toda la información referente a su traslado pensional previo a suscribir dicho formulario de afiliación, máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales de la afiliada y ningún dato relevante a su situación pensional.

Sentado lo anterior y contrario a lo indicado por Porvenir S.A., en su recurso y por Colpensiones en alegaciones, el hecho de que la demandante no hubiera retornado al RPM en los plazos legales concedidos para el efecto, no la priva de la posibilidad de acudir a esta acción judicial alegando la falta al deber de información, siendo también deber de la administradora del RAIS que promovió su traslado a ese régimen haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante como se vio, ello no ocurrió.

En cuanto a lo señalado por la actora en interrogatorio de parte, es claro que contrario a lo indicado por las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A., la señora Olga en efecto aceptó que se le pusieron de presente las ventajas de pertenecer al RAIS y las características positivas de este, más no señaló que se le hubiera informado respecto a cómo acceder a los beneficios señalados de ese régimen, ni las consecuencias adversas que podría tener su traslado, razón

suficiente para determinar que dicha información parcializada, no es suficiente para dar por cumplido el deber bajo estudio.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indican las AFP recurrentes, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, **los que no están sujetos al término prescriptivo**, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Sobre este tópico, se tiene que el concepto a que alude Porvenir S.A., en recurso y alegaciones emanado por la Superintendencia Financiera, no ostenta el carácter de vinculante, pues tal carácter sólo lo poseen los proferidos por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Respecto a los actos de relacionamiento a que aluden las recurrentes Porvenir y Colpensiones como sustento de su recurso, se tiene que contrario a lo manifestado por esta, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

Finalmente, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 31-2020-305-02

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: ELKIN JIMENEZ RODRIGUEZ

DEMANDADO: PWC CONTADORES Y AUDITORES LTDA

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de ambas partes, la pasiva solicita se confirme la decisión de primer grado.

S E N T E N C I A

P R E T E N S I O N E S

EL señor **ELKIN JIMENEZ RODRIGUEZ**, actuando por conducto de apoderado judicial, instauró demanda laboral contra la empresa **PWC CONTADORES Y AUDITORES SAS**, para que mediante un proceso ordinario laboral se declare que entre el demandante y la Empresa PWC Contadores y Auditores SAS, existió un contrato de trabajo el cual terminó por causal imputable al empleador por discriminación luego de haber terminado un período de incapacidad y encontrándose inmerso en un proceso médico de diagnóstico abiertamente conocido por el empleador, en consecuencia se declare que el despido realizado a mi mandante es

INEFICAZ toda vez que NO se solicitó autorización del Ministerio del Trabajo, tal como lo establece la Ley 361 de 1997, por lo que la demandada debe REINTEGRAR al demandante al cargo que venía desempeñando, o a uno de mayor categoría, pago de salarios dejados de percibir, aportes a la seguridad social, indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 equivalente a 180 días de salario por despido sin autorización del Ministerio del Trabajo. En forma subsidiaria al pago de sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T y la SS., por no haber cancelado oportunamente el valor correspondiente a la liquidación e indemnización respectiva. (Expediente Digital).

Como fundamento de las pretensiones afirma que Con fecha 22 de enero de 2018 entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido a través del cual se vinculaba al primero para desempeñar el cargo de SENIOR ASOCIADO PESADO DE AUDITORÍA en las instalaciones de la entidad demandada y en las sedes de los distintos clientes a auditar, que el salario pactado fue de \$5.755.900, que la labor encomendada fue ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario de trabajo señalado por éste, sin que se llegara a presentar queja alguna o llamado de atención, que entre los días 4 al 7 de marzo de 2019, mi mandante estuvo incapacitado y el día 8 del mismo mes se ausentó con conocimiento pleno del mismo empleador para poder realizarse los exámenes médicos: polisomnografía y cita de valoración por oftalmología, ordenados como resultado de dichas incapacidades. De la cita de oftalmología, se derivó una cirugía láser para reparar desgarro retinal, realizada en la clínica Barraquer el día 9 de abril de 2019, por el facultativo Simón Villalba, que luego de cumplir con las respectivas incapacidades, haber tomado el permiso otorgado por el mismo empleador y encontrándose inmerso en un proceso de diagnóstico a causa de los síntomas presentados, mi mandante se reintegró a cumplir con sus labores, que al cuarto día de haberse reintegrado, esto es 14 de marzo de 2019, fue despedido sin previo aviso y sin justa causa, entregando el mismo día al empleador el listado de horas extras causadas y pendientes por pagar con el fin de que se liquidaran y pagaran con la liquidación en debida forma, pasando por alto y vulnerando el empleador con su actuar, el proceso médico de diagnóstico en el cual se encontraba mi mandante, que la relación contractual se mantuvo por un término de trece meses y 23 días hasta que con fecha 14 de marzo de 2019, y conociendo del proceso médico de diagnóstico en el que se encontraba el demandante se decidió dar por terminado de manera unilateral y sin justa causa, el contrato de trabajo, que con el despido injustificado, el empleador le causó a mi mandante un perjuicio en su estado de salud debido a la interrupción en el tratamiento que le generó el hecho de NO contar con afiliación al sistema de salud, que como consecuencia del despido, el empleador canceló la respectiva

indemnización por despido injustificado consagrada en el artículo 64 del C.S.T y la SS, la cual fue cancelada en dos pagos, porque el empleador liquidó mal las horas extras, siendo el último pago 56 días después del despido. (Expediente Digital).

La demandada PWC CONTADORES Y AUDITORES SAS por conducto de apoderado judicial procedió a dar contestación, oponiéndose a las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato, pero negó la mayoría de los demás porque se trataban de hechos del demandante de su historia clínica que goza de reserva profesional, sin que el demandante gozara de estabilidad laboral reforzada. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, prescripción, alcance de la ley 361 de 1997, inexistencia del nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y el estado de salud del actor, improcedencia e imposibilidad del reintegro, cosa juzgada constitucional, genérica (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia la Juez 31 Laboral del circuito de esta ciudad profirió sentencia el veintiuno (21) de enero de dos mil veintidós (2022), por medio de la cual RESOLVIÓ:

“ (...)

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre ELKIN JIMENEZ RODRIGUEZ, en calidad de trabajador, y PWC CONTADORES Y AUDITORES LTDA, en calidad de empleador por el periodo comprendido entre el 22 de enero del año 2018 al 14 de marzo del año 2019.

SEGUNDO: ABSOLVER a la parte demandada PWC CONTADORES Y AUDITORES LTDA de la totalidad de las pretensiones condenatorias incoadas en este proceso.

TERCERO: CONDENAR al demandante ELKIN JIMENEZ RODRIGUEZ al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO: Como quiera que el resultado la presente sentencia fue adverso a los intereses del trabajador demandante, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada. ..”

Para llegar a esa conclusión en síntesis el Juez señaló: “... En el caso que nos ocupa lo primero que tendríamos que entrar a determinar es cuál fue el vínculo jurídico que unió a las partes. El artículo 22 del CST define lo que debe entenderse por contrato de trabajo, el artículo 23 consagra los elementos esenciales siendo estos servicio personal subordinación, dependencia y salario, el artículo 24 del consagra una presunción en virtud de la cual se presume que toda relación laboral se encuentra regida por un contrato de trabajo, al revisar las pruebas allegadas al plenario aparece copia de un contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre

el demandante en calidad de trabajador y la demandada en calidad de empleador, contrato que comenzó a regir el día 22 de enero del año 2018, se allega igualmente al plenario un documento denominado liquidación de contrato en donde aparece como fecha de ingreso 22 de enero del año 2018, fecha de retiro 14 de marzo del año 2019 por lo que es claro entonces de las pruebas allegadas al plenario y como quiera que la parte demandada no desconoce la existencia de una relación laboral que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo a término indefinido que comenzó a regir el día 22 de enero del año 2018 y se dio por terminado el 14 de marzo del año 2019. Tendríamos entonces que entrar a determinar si para dicha calenda esto es 14 de marzo del año 2019 el demandante se encontraba dentro de los términos establecidos por artículo 26 de la ley 361 de 1997, la norma citada establece; Art 26 no discriminación en situación de discapacidad, en ningún caso la discapacidad de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar, asimismo ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedido o el contrato terminado por razón de su discapacidad en ningún caso la discapacidad de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada e insuperable en el cargo que se va a desempeñar, así mismo ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedido salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, no obstante quienes fueron despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior tendrán derecho a una indemnización equivalente a 180 días del salario sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el código sustantivo de trabajo y demás normas que lo modifiquen adicionen, complementen o aclaren. Las sentencia SL 4555 del año 2021 del 27 de septiembre y SL 058 del año 2021, han adoctrinado que para la concesión de estabilidad laboral reforzada no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o incapacidades médicas sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada esto es que implique un porcentaje de pérdida de capacidad igual o superior al 15%, ahora bien exigir la calificación de pérdida de capacidad laboral para el momento de la terminación laboral no es un capricho, esto obedece a que la protección por estabilidad laboral reforzada por razones de salud estatuidas en el Art 26 de la ley 361 del año 97 requiere que el trabajador se encuentre en situación de discapacidad al tiempo que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido, es por ello que para conocer disminución en el desempeño laboral por razones de salud no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y precisamente esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico donde se valore el estado real desde el punto de vista médico y ocupacional, por esta razón se destaca el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de limitación que afecte un trabajador en el desempeño de sus labores, sin embargó en virtud del principio de libertad probatoria e información del convencimiento, en el evento que no exista una calificación y por lo tanto se desconoce el grado de limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad. Esta limitación se puede seguir del estado de salud que se encuentra siempre que sea notorio, evidente y perceptible precedido de elementos que constantes la necesidad de protección como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, otra circunstancia que demuestre su grave grado de salud o la severidad de la realización que limita la función del trabajo, postura que fue reiterada en la sentencia SL 711 del año 2021, por lo tanto se puede concluir que para efectos es necesario que se cumplan tres requisitos;

- 1. Discapacidad moderada entre el 15 y 25%*

2. Que el empleador conozca dicho estado del trabajador
3. Que la relación laboral se termina por razones de discapacidad.

Lo cual se presume salvo que medie una causa con previa autorización del Ministerio de Trabajo, en la sentencia SL 1236 del año 2021, para conocer el nivel de discapacidad no basta que aparezca en la historia clínica y que el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que están registrados en el historial médico sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y precisamente esta limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico del estado real del trabajador desde un punto de vista médico y ocupacional, esa es la razón de la importancia de una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores, no obstante la jurisprudencia laboral reconoce que no es el único medio probatorio idóneo para probar esa condición, admite que la calificación puede inferirse del estado de salud en que se encuentra el trabajador siempre que sea notorio, evidente y perceptible precedidos de elementos que constaten la necesidad de la protección. Procedemos entonces a revisar el caso que nos ocupa si el demandante se encontraba dentro de los términos señalados, esto es si tenía una pérdida de capacidad sea moderada, severa o profunda esto es su estado de discapacitado o disminuido físico conforme a los lineamientos jurisprudenciales que acaban de señalarse. En el interrogatorio que absuelve el demandante indica que para la fecha, dicha terminación del contrato no se encontraba incapacitado, no se encontraba en trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, dice el que si tenía recomendaciones médicas, tal circunstancia no está acreditada dentro del plenario, él dice que las recomendaciones médicas era tener una higiene del sueño y en la segunda incapacidad en el sentido de que no se podía exponer a la luz, indica igualmente que esas recomendaciones no fueron radicadas ante el empleador que sólo radicó las incapacidades, manifiesta igualmente que sí le pagaron la indemnización que el primer pago fue en los primeros de abril y el otro pago en los primeros de mayo, confiesa igualmente que mediante correos electrónicos de febrero y marzo del año 2019 solicitó se borrarán unas evaluaciones a su cargo, dice porque en su momento no fue evaluado por quien tenía que ser y que tenía que darse de baja esas evaluaciones para poder evaluarlo, que hizo solicitud de reintegro, cuando se le pregunta por qué no informó del diagnóstico, **claramente dice yo no puedo informar algo que no sabía, es claro entonces de lo confesado por el demandante en el interrogatorio que no tenía calificación de pérdida de capacidad laboral, que no se encontraba en trámite de calificación alguna, que no estaba incapacitado y que ni siquiera él conocía un patología que pudiese catalogarse como de tal gravedad que le generara una pérdida de capacidad laboral por lo menos moderada**, en el interrogatorio que absuelve el representante legal de entidad demandada indica que el demandante laboró con la empresa demandada, señala igualmente que no se le inició ningún proceso por falta disciplinaria. **La testigo Eliana Jaso manifiesta que no conoció al demandante, pero sabe quién es, que no tiene ningún reporte de este trabajador en lo que tiene que ver con seguridad y salud en el trabajo, que él no presento ningún tipo de recomendación, que no tiene ningún registro que se haya realizado solicitud en este sentido. La testigo Claudia Rey indica que el demandante nunca le solicitó un permiso por alguna asistencia a citas médicas, que desconoce si él tuvo algún tema médico, que no tiene ningún conocimiento de temas de salud del demandante, cuando se le interroga sobre el desempeño del demandante dice que si le hizo algunas observaciones en su trabajo por el cumplimiento de las fechas y la calidad de su trabajo. Las observaciones fueron de carácter personal, que las evaluaciones quedan en la base de datos, pero se solicitó borrar por parte del señor Elkin, el señala en el resultado de la evaluación que necesito mejorar, manifiesta que las evaluaciones no se pueden borrar, que lo único es que exista la aprobación de un gerente para que respalde la evaluación, el testigo John Nelson Burgos manifiesta sobre los procesos de la evaluación que al ser funcionario entra en todos los procesos**

de evaluación y seguimiento, que a él se le hicieron procesos de evaluación donde se decía que no estaba cumpliendo, que estas evaluaciones el gerente las crea y quedan como evidencia, que la persona pueda hacer la retroalimentación y se hace una evaluación y se notifica del resultado de dicha evaluación. De las pruebas allegadas al plenario lo primero que debe resaltarse es que el demandante no se encontraba dentro de los términos establecidos en el Art 26 de la ley 361 de 1997 como quiera que no tenía un porcentaje de pérdida de capacidad laboral ni una discapacidad ni quisiera, debe resaltarse igualmente que el estado de salud del demandante de manera alguna concluye a infiere que es una pérdida o discapacidad por lo menos del 15%, con ninguna de las pruebas incorporadas al plenario esto es no era notorio, evidente, ni perceptible estado de salud del demandante que implicara discapacidad alguna. Alega la apoderada de la parte demandante que esta situación de discapacidad se encuentra probada con el examen médico de egreso, no obstante anterior al revisar dicho documento que fuera incorporado posteriormente se puede leer lo siguiente; observaciones ninguna, recomendaciones, exámenes de retiro sin evidencia de enfermedad de origen ocupacional, sin embargo presenta síntomas que deben seguir recibiendo tratamiento en su Eps, se lee en otros presente desgarro de retina o y t láser hace 2 semanas; debe resaltarse que el examen que aparece referido fue realizado con posterioridad a finalizar el contrato de trabajo, no se evidencia que este desgarro de retina de manera alguna haya generado en el trabajador una discapacidad moderada simple y llanamente corresponde a una descripción de una patología, en cuanto a la patología que se alega de apnea del sueño, tampoco se evidencia de manera alguna que genere minusvalía o discapacidad, son patologías. Ahora bien, al no estar probado que el demandante se encontraba dentro de los términos del artículo 26 a la luz de lo señalado por la reiterada jurisprudencia muchas de las cuales sentencias fueron referidas en esta sentencia pues mal puede presumirse que la terminación de contrato de trabajo del demandante, que por causa de su minusvalía como quiera que no es una persona discapacitada. Ahora bien se está solicitando que se condene al pago de la sanción del artículo 65 del CST modificado en el artículo 20 de la ley 789 del año 2002, sobre la aplicación de dicha sanción ha señalado la corte suprema de justicia que no es de aplicación automática, deben analizarse las circunstancias en las que incurrió el empleador, lo primero que se resalta es que aparece un documento de liquidación de contrato en donde se evidencia que al demandante mediante cheque consignado el 28 de marzo del año 2019 esto es escasos 15 días después de la terminación del contrato de trabajo se le canceló la suma de \$ 16.617.305 pesos que correspondían a un salario ordinario, horas extras diurnas, horas extras nocturnas, auxilio empresarial, incapacidad, primeros días, vacaciones en dinero, prima legal, indemnización por terminación del contrato, cesantías definitivas e intereses a las cesantías y posteriormente se le cancela al demandante una suma adicional de \$300.000, correspondiente a reliquidaciones por otras horas extras que no habían sido tenidas en cuenta pago que aparece referido en mayo 9 del año es claro que el tiempo transcurrido entre la terminación del contrato de trabajo 14 de marzo del año 2019 y el momento en que se realiza este pago de 16.617.305 y el pago de los 300.000 mil pesos pues es un tiempo más que prudencial, no puede imputarse mala fe de manera alguna el empleador demandado por él no pago al día siguiente del salario de las prestaciones sociales y demás sumas de dinero adeudadas al trabajador demandante, como quiera que la norma indica que al momento de terminación del contrato de trabajo, pero no dice a la siguiente hora hábil por lo que es una norma que admite interpretación del juez no estoy señalando que el empleador tenga 6 meses, 8 meses o años para realizar el pago pero en el caso que nos ocupa el término transcurrido entre el pago de la suma de \$16.617.305 pesos y el momento de la terminación del contrato y posteriormente esos \$300.000 que corresponderían a una suma de reliquidación adicional es un término más que prudencial por lo que no puede imponerse condena alguna a la parte demandada...”

Inconforme con esta decisión la parte actora interpuso recurso de apelación así:

"Se acusa a la sentencia de incurrir en una valoración errónea de los niveles probatorios, primero los testimonios de la audiencia del 3 de noviembre de 2021, segundo el examen médico de retiro del actor, tercero, las documentales aportadas por el actor a folios 9 al 20 del plenario de pruebas, la documental aportada por la demandada a folios 76, 121 y 156 al 170, se acusa a la sentencia de la no aplicación de precedentes jurisprudenciales por la honorable CSJ en la sentencia SL 1360 del 2018 referida a la presunción de discriminación del despido de un trabajador sin justa causa cuando este cuente con un estado de incapacidad, así mismo se acusa en la sentencia a la no aplicación de la norma contenida en el inciso segundo en el artículo 26 de ley 361 de 1997 y se acusa a la sentencia de la no aplicación de la norma contenida en el artículo 65 del CST, no dar por demostrado que el despido del trabajador se produjo por un acto discriminatorio de parte de la demandada, no dar por demostrado estándolo que la demandada tuvo pleno conocimiento del estado de salud desde el momento mismo en que el segundo iniciara unos síntomas que concluyeron en una serie de patologías de carácter médico que incluso hasta la fecha persisten que son el uso de un sistema sipak y cirugía de cambio retinal, el despido del actor no tuvo su origen en una causal objetiva, para tal fin sino que la misma se produjo de manera injustificada por parte del empleador, no dar por probado el estado de incapacidad notorio, evidente y perceptible del actor, no dar por demostrado estándolo que el actor es acreedor a la indemnización contemplada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 y no dar por demostrado estándolo que el empleador actuó de mala fe al demorar injustificadamente el pago total de la liquidación del actor...."

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S esta Sala resolverá los motivos de apelación, en los que básicamente se afirma existió una indebida **valoración probatoria, de testimonios y documentos, insistiendo que en este caso el despido se presume discriminatorio y no existe causal objetiva, dando lugar a aplicar las sentencias de la Corte.** Señala además que no se aplicó el art 65 del CST.

i) De la indebida valoración probatoria y estabilidad laboral reforzada

Aduce el recurrente, que no se valoraron en debida forma, las pruebas, tales como testimonios, examen de egreso y documentales, afirmación que desde ya advierte la Sala no obedece al adecuado análisis probatorio realizado por la Juez a fin de establecer si existía un estado de salud, conocido por el empleador que lo ubicara como un sujeto de especial protección; siendo importante, hacer algunas precisiones sobre el apoyo normativo y jurisprudencial que dan lugar a la denominada estabilidad laboral reforzada.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el Decreto 019 de 2012 indica que “En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo...”

La anterior Ley fue expedida **con el fin** de garantizar una protección integral y readaptación social del limitado físicamente en un grado de moderado, severo o profundo, lo cual se deduce del artículo 1º y 5º de la norma en mención, esto es, que no hacen parte de esa población protegida los demás limitados que no padecen ese grado de minusvalía y se estableció en el artículo 26 la prohibición para los empleadores **de obstaculizar una vinculación laboral por motivo de la limitación física de una persona**, a menos, que esta se demuestre como incompatible o insuperable para el ejercicio del cargo, lo cual persiste independientemente de las discusiones sobre derogaciones y vigencia.

Sobre el tema la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencia 35606 de 2009, 36115 de 2010, 41845 de 2012, 42451 de 2016 y 46842 del 22 de febrero de 2017, **señaló que dicha estabilidad no se otorga con el sólo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral, para lo cual enseñó una serie de requisitos que se exigen para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 como son: “(i) Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) Que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social.**

Es claro entonces, para que opere la protección al momento del despido debe existir o bien discapacidad o bien un estado de debilidad manifiesta que también evidentemente es cierto, ha sido ampliamente analizado tanto por la Corte Suprema como por la Corte Constitucional da lugar a la protección contenida en la Ley 361 de 1997, **pues si ella existe el despido o terminación se presume discriminatorio, debiendo la demandada probar que no lo fue, que obedeció a una razón objetiva y no a tal condición.**

En ese orden, surge necesario determinar los dos primeros puntos esto es si el demandante era una persona en situación de discapacidad o en estado de debilidad

manifiesta, pues no desconoce la Sala que la Corte Constitucional se ha referido a una especial protección para aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y si ello era conocido por el empleador. (art 13 CP)

Pues bien, de acuerdo con las pruebas que aparecen en el expediente y que fueron valoradas por la Juez, es claro que al momento del despido el demandante no se encontraba ni siquiera incapacitado, ello no solo se dijo desde la misma presentación de la demanda, sino que consta en la documental, aportada, pero además como bien señaló el A Quo, **fue confesado por el demandante en interrogatorio de parte en donde expresamente dice que para la fecha, de la terminación del contrato no se encontraba incapacitado, no se encontraba en trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral**, lo que se corrobora con la documental específicamente col las incapacidades, que terminaron antes de la finalización del vínculo y además que no podía informar el diagnostico porque el mismo no lo sabía.

No sobra agregar que así existieran recomendaciones médicas, lo que dicho sea de paso no está acreditado, estas no fueron conocidas por la demandada lo que también confesó el demandante quien dijo que sólo radicó las incapacidades; sin que sobre agregar que aun aceptando que existieron que fueron conocidas, ello no ubica al demandante en un estado de discapacidad; ni de debilidad manifiesta, pues con estas solo se pretende ayudar a la recuperación de una circunstancia ya superada con la finalización de la incapacidad.

En consecuencia es claro que de acuerdo con la línea jurisprudencial de la CSJ **no toda persona con una incapacidad médica, o en tratamiento puede tenerse como sujeto de especial protección, por algo las incapacidades son limitadas en el tiempo, pues en este, se espera la recuperación ya que de no obtenerla se transformará su condición en ese caso sí, a una persona con limitación permanente, minusválida o discapacitada a la cual el Estado debe proteger especialmente; pero menos aún, se itera cuando al momento del despido no existe incapacidad que impida el desarrollo de las funciones o que afecte la capacidad laboral.**

No existía pues, en este caso, ni incapacidad, ni dictamen alguno que determinara se itera, que el demandante no podía desarrollar sus labores, menos aún que tuviese una pérdida de capacidad laboral, como para ubicarlo como sujeto amparado con estabilidad laboral reforzada cuyo despido se presumiera discriminatorio.

Conviene y no sobra agregar que en sentencia **SL572 de 2021 Rad 86728, M P LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ; la C S J insiste, en que exigir la calificación de la pérdida de capacidad laboral no es un capricho, porque la protección derivada de la ley 361 de 1997, requiere de una situación de discapacidad, al tiempo afirma, “que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido”**. Incluso agrega la Corte que, para conocer ese nivel de disminución en la capacidad laboral por razones de salud, **no basta una historia clínica, sino que es necesario establecer la limitación para laborar y ello solo se logra con una evaluación de carácter técnico**, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional.

Como indica la Corte lo que se requiere es una evaluación de carácter técnico, una verdadera valoración médica sobre el estado real de salud del trabajador que le impida o limite el desarrollo de sus labores, no tener incapacidades, o recomendaciones o aun diagnósticos, pues se itera luego de estas se espera recuperación no perdida o disminución de la capacidad laboral.

La Sala insiste en que a pesar de algunas incapacidades y situaciones de salud de actor, ello no es suficiente para establecer ese estado real de salud, que le impidiera al demandante desarrollar su labor, al punto de poder presumir que la terminación del contrato, implicara un acto discriminatorio por esa causa; **y por tanto en este caso no existe la presunción, de terminación discriminatoria por lo que se aplican plenamente las sentencias de la Corte Suprema al respecto que como ya vimos explican detalladamente el tema y en el que se insiste se sigue sosteniendo que esta protección opera solo para ciertos estados de salud que, por su grado de intensidad, hacen que el despido o terminación se presuma realizado por esa condición y no por otras, o lo que es lo mismo se presuma discriminatorio**; luego, contrario a lo manifestado por la parte demandante en sus alegaciones, no había lugar a ninguna de las pretensiones en la estabilidad laboral reforzada, incluida desde luego la indemnización prevista en la Ley 361 de 1997.

De la Sanción moratoria

Tal y como señaló la Juez para que se abra paso la sanción prevista, no solo puede apoyarse el Juzgador en la norma, sino que es necesario el análisis de la buena o mala fe, sin que como afirma el recurrente haya existido una demora injustificada en el pago de la liquidación que ubique al empleador en el campo de la mala fe y es que no es cierto que haya existido retraso, porque una cosa es no pagar y otra hacerlo de

manera incompleta aspecto que a pesar de también generar la sanción; no si se encuentra que obedeció a una conducta no guiada se itera, por la mala fe.

Es claro que en a escasos día de terminar el contrato se pagó la liquidación de prestaciones, sociales incluida además la indemnización por terminación del contrato en forma unilateral y sin justa causa, por un valor de \$16.617.305. El valor no cancelado ascendió a la suma de \$300.000, correspondiente a reliquidación de horas extras, en un lapso de tiempo que, si bien es de varios días, ello por sí solo no indica mala fe, sin que pueda darse por cierto que solo el transcurrir del tiempo lo es o que ya se conocían con precisión las cifras, como para concluir que la adicional pagada con posterioridad, no se canceló de manera deliberada o injustificada.

Por lo expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia apelada, que de manera acertada llegó a idéntica conclusión.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO


LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 36-2017-477-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARIO LOAIZA ALZATE

DEMANDADO: COLFONDOS Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colfondos S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de esta Ciudad, el 14 de octubre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de la demandada Colfondos S.A. y las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor MARIO LOAIZA, por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que le asiste derecho al reconocimiento y pago de pensión de vejez a partir del 17 de agosto de 2015; como consecuencia de tal declaración, petitiona se condene a Colfondos S.A., a pagar dicha prestación a partir de la data en mención, junto con intereses moratorios e indexación. (fl. 28).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 17 de agosto de 1953, alcanzando los 62 años de edad en el año 2015, que laboró como docente para el Departamento de Caldas desde el 25 de marzo de 1978 al 17 de enero de 1993, por lo que tiene derecho a expedición de bono pensional equivalente aproximadamente a 769 semanas, que ha cotizado para los riesgos de IVM a Colfondos, entre el 1 de agosto de 1996 a agosto de 2015, que sumados los tiempos públicos y privados por él laborados, acredita un total de 1746 semanas, que desde su afiliación al RAIS, siempre ha cotizado sobre la base de un salario mínimo.

Afirma que una vez cumplida la edad y número de semanas cotizadas exigidas por la Ley, elevó ante Colfondos S.A., el 21 de agosto de 2015 solicitud de reconocimiento pensional, la que le fue negada el 21 de octubre de 2015 por no reunir el capital mínimo en su CAI, que en el 2016, volvió a solicitar reconocimiento pensional y le fue negado. (fl. 27).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLFONDOS se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 8 y 9, manifestó no constarle el No. 3 y negó los demás; propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación de reconocer y pagar pensión de vejez reclamada, falta de causa para demandar, prescripción, compensación, inexistencia del cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley para ser beneficiario de la pensión de vejez, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, compensación y pago, enriquecimiento sin causa, mala fe de la parte demandante. (fl.74).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que al señor MARIO LOAIZA le asiste derecho al reconocimiento y pago de una prestación económica de garantía de pensión mínima de vejez.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., a pagar a favor del demandante garantía de pensión mínima de vejez establecida en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 de septiembre de 2015 y por 13 mesadas anuales.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., a pagar a favor del demandante la suma de \$62.284.813, por concepto de mesadas pensionales causadas entre el 1 de septiembre de 2015 al 30 de septiembre de 2021, valor que deberá ser indexado al momento de su pago. Se autoriza a la demandada a descontar del valor del retroactivo los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud. (...) (fl.143)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que no había sido objeto de discusión que el actor tenía 68 años de edad y acreditaba un total de 635,71 semanas a entidades públicas certificadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como 604,28 semanas al RAIS, que el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, contemplaba que quienes no hubieran completado a los 62 años de edad, la pensión mínima prevista en el artículo 35 de la misma Ley y hubieran cotizado 1150 semanas, tenían derecho a que el Gobierno Nacional le completara el capital para acceder a la pensión mínima.

Que conforme el historial de respuestas emitida por la AFP Colfondos, se concluía que el actor no había podido reunir el capital necesario y las semanas para acceder a derecho pensional, en los términos del artículo 35 de la citada Ley, contando con 1239.99 semanas al sistema pensional, por lo que al actor le asistía el derecho a que la AFP Colfondos le pagara la pensión mínima contemplada en el artículo 65 de la Ley 100, a partir del 1 de septiembre de 2015 y por 13 mesadas anuales, ya que el último aporte al sistema se había realizado en agosto de dicha anualidad.

En cuanto al bono pensional, indicó que este no se había redimido a la fecha, no siendo tal circunstancia óbice para el reconocimiento pensional ordenado como quiera que a cargo de la AFP estaba actuar con diligencia para tramitar dicha redención y por ende gestionar el recaudo de los dineros que conformaban el derecho pensional del afiliado, al punto de tener que responder con su propio patrimonio ante un actuar negligente al respecto; que ante el requerimiento del despacho de aportar los documentos que acreditaran su gestión para trámite de bono pensional, la demandada había allegado 2 correos, que la solicitud de reconocimiento de garantía mínima de pensión de vejez había sido radicada por el actor ante

la AFP Colfondos en desde el año 2015 y los correos en comento, no demostraban un actuar diligente de esta última en el trámite de bono pensional, a su vez, el Ministerio de Hacienda, señaló haber hecho liquidación provisional de un bono en respuesta a petición de Colfondos en 2020, circunstancia que evidenciaba la falta de gestión por parte de esa AFP para la redención de bono pensional y nada justificaba la inactividad administrativa de este, la que quedaba clara al punto de que el mismo demandante había probado adelantar dichos trámites que le correspondían a la AFP y así lo había indicado la CSJ entre otras en sentencia SL2512 de 2021.

En cuanto a la excepción de prescripción señaló que el actor había solicitado la pensión el 20 de agosto de 2015 y la acción judicial se había presentado el 19 de julio de 2017, habiendo lugar a declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, absolviéndolo de las pretensiones incoadas en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **apeló** la AFP demandada indicando que el sistema de seguridad social colombiano, se había diseñado teniendo en cuenta 4 grandes subsistemas, que el sistema general de pensiones, se había estructurado a través de 2 regímenes diferentes, el RPM y el RAIS, que para el caso del actor, era imposible efectuar el reconocimiento pensional porque no cumplía con los presupuestos previstos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y en cuanto a la garantía de pensión mínima del artículo 65, el señor había aceptado las condiciones propias del RAIS al afiliarse a este y el capital depositado en su CAI no era suficiente para acceder a una pensión de vejez, siendo necesario para su reconocimiento esperar a que culminara el trámite de redención del bono pensional para que el capital de este se acreditara en su cuenta y así determinar el derecho que le asiste a la garantía deprecada, que la solicitud del actor había sido rechazada ya que el bono no se encontraba redimido y se encontraba pendiente de reconocimiento y pago desde mediados del año 2020.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación formulado, la sala determinará si estando comprobada la no redención del bono pensional, en cabeza del actor, existencia de este que no fue objeto de reproche impide el reconocimiento pensional en los términos señalados en sentencia recurrida.

Tampoco ofreció reparo que los recursos depositados en la CAI del actor en su condición de afiliado a la AFP Colfondos, no son suficientes para cubrir la pensión de vejez prevista en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, que exige un capital acumulado superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, reajustado anualmente según la variación porcentual del IPC.

No obstante ello y como bien lo concluyó la decisión de primer grado, el afiliado que no logre completar el capital requerido en la norma antes citada, tiene derecho a que conforme el artículo 65 de la disposición legal en comento, el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, le complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión, siempre y cuando hubiese cotizado 1150 semanas y para el caso de los hombres, haya alcanzado la edad de 62 años; presupuestos cuyo cumplimiento se determinó en primer grado para el caso del demandante, ya que con las documentales visibles a folios 101 y 117, contentivas de historia laboral expedida por Colfondos S.A., e historia válida para Bono expedida por la OBP, se determina que el señor Mario, cotizó una densidad de semanas superior a las 1150 de que trata la norma en cita y en cuanto a la edad, conforme copia de documento de identidad visible a folio 13, se establece que alcanzó los 62 años de edad el 17 de agosto de 2015.

Así las cosas y en cuanto al argumento de la recurrente de no haberse redimido bono pensional para el caso del actor, se tiene que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ, ha reiterado que los trámites para redención y pago del bono pensional, están a cargo de la administradora pensional y la demora en dicho trámite, no debe afectar los derechos del afiliado; debiéndose reconocer derecho pensional a su

favor con cargo a los recursos de la Administradora pensional negligente en dicho trámite y así lo reiteró entre otras en sentencia SL 3127 de 2022, M.P. Fernando Castillo Cadena, en los siguientes términos:

Así las cosas, es claro que para tener certeza de cuál es el saldo de la C.A.I. para determinar el cumplimiento de los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez, se requiere que se tenga consolidado el bono pensional, lo que claramente incluye sus inconsistencias.

Ahora, sin desconocer que la emisión del bono se puede tomar en un obstáculo para que el afiliado comience a disfrutar la pensión, la solución a esta situación «no es ordenar automáticamente, a la administradora el reconocimiento de la pensión, sin que se haya comprobado previamente el cumplimiento del requisito financiero que da derecho a percibir la prestación, porque, de aceptarse esto, se atentaría contra el mandato consagrado en el artículo 48 de la Constitución» (CSJ SL4305-2018).

Y es que, precisamente, para armonizar el mandato constitucional que instituye que para adquirir el derecho a la pensión se debe cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización «o el capital necesario», así como, las condiciones que señala la ley, con el derecho pensional del afiliado, a efectos de que no se vea dilatado en el tiempo el acceso a la pensión, la Corte, en sentencia CSJ SL12709-2016, enseñó:

Con el fin de conciliar el mandato constitucional y el derecho pensional del afiliado que ha cumplido, junto con los demás requisitos, el del capital para efectos de financiar una pensión de vejez, en una controversia como la presente, es menester para el juez, previamente a reconocer una pensión de vejez, tener la certeza de que tal prestación cuenta con los recursos económicos para ser financiada; y para esto, se debe entrar a examinar cada caso en particular, con miras a dilucidar si la no emisión del bono es una excusa para negar el derecho a la pensión, por encontrarse evidencia de que el afiliado reúne el capital; o si, en verdad, la falta de emisión no es atribuible a la AFP, como sería el caso en que la no emisión es por falta de la aprobación, sin fundamento, de la liquidación provisional del bono por parte del afiliado.

Una vez, en el proceso, se tenga determinado el monto del bono a emitir, entonces se podrá establecer si el accionante cumple con el requisito de capital para obtener el derecho a la pensión anhelada, que, para este caso, es la contenida en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993. A esta solución se llega de conformidad con lo previsto en los artículos 21 y 22 del DL. 656 de 1994:

Artículo 21º.- Las administradoras que incumplan el plazo establecido para pronunciarse respecto de una solicitud de pensión deberán pagar, con cargo a la respectiva cuenta individual de ahorro, una pensión provisional en favor del afiliado, calculada tomando en consideración los mismos criterios establecidos para la determinación de la mesada pensional a través de retiros programados. Esta pensión comenzará a reconocerse mensualmente a partir del día quince (15) hábil contado desde el vencimiento del plazo señalado para pronunciarse y deberá pagarse hasta el momento en el cual se efectúe el correspondiente pronunciamiento.

Del mismo modo, cuando no existan recursos suficientes para atender el pago de una pensión por falta de presentación oportuna de las solicitudes de pago de bonos pensionales, de las solicitudes de pago de las garantías mínimas estatales o de las solicitudes de pago de las diferencias a cargo de las compañías aseguradoras, por razones imputables a las administradoras, éstas deberán reconocer a los respectivos pensionados pensiones provisionales, con cargo a sus propios recursos.

En general, corresponderá a las administradoras asumir pensiones provisionales con cargo a sus propios recursos en todos aquellos casos en los

cuales el afiliado no disponga de la totalidad de las sumas a que tendría derecho para atender su pensión por falta de cumplimiento oportuno y adecuado de sus obligaciones por parte de la administradora.

Parágrafo.- Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las demás sanciones personales e institucionales que puedan imponerse por el incumplimiento de las correspondientes obligaciones señaladas en el presente capítulo.

Artículo 22°.- En aquellos casos en los cuales se demuestre responsabilidad de la administradora en el retardo en pronunciarse respecto de una solicitud de pensión, la Superintendencia Bancaria ordenará el reembolso de las respectivas cuentas con cargo a los recursos de la entidad responsable.

En aquellos casos en que demuestren ante la Superintendencia Bancaria que las demoras en la presentación de las solicitudes de pago de bonos pensionales, de garantía de pensión mínima o de diferencias a cargo de las compañías aseguradoras no les son imputables, la superintendencia podrá autorizar su reembolso con cargo a los pagos que se reciban una vez presentadas aquellas. Negrita fuera de texto.

Conforme a la providencia en comento y como se ha dejado por sentado, entre otras, en la sentencia CSJ SL2512-2021, por vía de excepción existe normativamente la posibilidad de establecer en cabeza de una administradora del R.A.I.S., la obligación, de manera temporal, de asumir el pago de la pensión con cargo a sus propios recursos, en virtud del artículo 21 del Decreto 656 de 1994 que, además de indicar la naturaleza jurídica de estas entidades, estatuyó, entre otros, su régimen de responsabilidad, partiendo de que si bien, son entidades de naturaleza privada, las mismas están en todo caso prestando el servicio público de la seguridad social que comporta la garantía de derechos mínimos, en el caso de los trabajadores afiliados al sistema pensional. (Negrilla fuera del texto original)

Por lo señalado en precedencia, la no redención del bono pensional, no es óbice para negar el reconocimiento pensional deprecado como lo ha venido haciendo la AFP demandada, máxime cuando únicamente demuestra haber elevado una solicitud a este efecto ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el año 2020, siendo clara su negligencia para la obtención de los recursos del bono y por ello, está en la obligación de reconocer la pensión objeto de condena con cargo a sus propios recursos hasta tanto adelante las obligaciones que le impone la Ley para la redención del bono pensional.

Por último y en cuanto al argumento de la parte demandante esbozado en alegaciones, según el cual, no se debe ordenar el descuento de los aportes destinados al sistema de salud, se tiene que conforme las previsiones del artículo 66A del CPTSS, tal aspecto, no fue objeto de recurso, razón por la cual, no es dable referirse al respecto.

Sin costas en esta instancia.

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

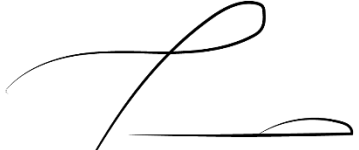
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 36-2017-544-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: FABIO DE JESÚS MONCADA

DEMANDADO: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor JUAN MANUEL CASTELLANOS OVALLE, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada FNA, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y Confianza S.A., revisa la Corporación el fallo proferido el 9 de diciembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las del Fondo Nacional del Ahorro y la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor FABIO DE JESÚS MONCADA por intermedio de apoderado judicial, solicita se CONDENE a las demandadas OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES y FONDO NACIONAL DEL AHORRO a efectuar el pago a su favor de cesantías, interés a la cesantía, vacaciones, prima de servicio, indemnización moratoria, indemnización por terminación unilateral del contrato e indemnización de las condenas.

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue contratado por Optimizar Servicios Temporales mediante contrato de obra o labor, el que fuera suscrito el 1 de diciembre de 2014, que las funciones plasmadas en este a ejecutar, fueron asignadas directamente por el FNA, que el cargo por él desempeñado fue el de Coordinador de punto La Dorada, que siempre desempeñó el mismo en las instalaciones del FNA, para el cual laboró a partir del 1 de diciembre de 2014 y hasta el 31 de octubre de 2015, data para la cual se dio por terminada su vinculación sin justa causa, que durante la vigencia de la relación laboral, devengó un salario de \$4.800.000 y nunca recibió órdenes e instrucciones para el cumplimiento de sus funciones por parte de Optimizar, sino que provenían del FNA.

Afirma que entre sus funciones se encontraban coordinar el punto, vigilar las afiliaciones a terceros en cesantías, retiro de las mismas, solicitud de créditos y actualización de datos entre otras, que a la terminación del contrato de trabajo no le fue cancelada la liquidación final de prestaciones a que tenía derecho, que el 4 de abril de 2017, agotó reclamación administrativa ante el FNA.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Optimizar Servicios en liquidación, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los contenidos en No. 1, 3 y 7, negó los No. 2, 8 y 16 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones las que denominó existencia de procedimiento concursal en curso para pago de las prestaciones sociales pretendidas y existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda.

Una vez notificada en legal forma la demandada Fondo Nacional del Ahorro, contestó oponiéndose a las pretensiones, frente a los hechos, negó los No. 4, 6 a 14, 16 y 17, aceptó los No. 18 y 19 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas al FNA como empleador del demandante, buena fe, compensación, prescripción, improcedencia doble de reconocimiento de las obligaciones.

La llamada en garantía Confianza S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, manifestó no constarle ninguno de los hechos de demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa del Fondo Nacional del Ahorro para llamar en garantía a Confianza S.A., los hechos de la demanda no gozan de cobertura – la relación laboral del demandante se produjo por fuera de la vigencia de la póliza, ausencia de requisitos para que se pueda hacer efectiva la póliza DL006347.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante señor Fabio de Jesús Moncada Melo y Optimizar Servicios Temporales S.A.- En Liquidación judicial, entre el 1° de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A.- En Liquidación judicial y a la llamada en garantía CONFIANZA S.A, a pagar en favor del demandante los siguientes conceptos:

CESANTIAS: \$4.013.333

INT. CESANTIAS: \$328.271

PRIMA DE SERVICIOS: \$4.013.333

VACACIONES \$2.006.667

TERCERO: CONDENAR a la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A.- En Liquidación judicial y a la llamada en garantía CONFIANZA S.A, a pagar en favor de Fabio de Jesús Moncada Melo, la sanción moratoria de que trata el art. 65 del Código Sustantivo de Trabajo, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 1° de octubre del 2015 hasta por 24 meses y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, y hasta que se paguen en su totalidad las prestaciones sociales adeudadas.

CUARTO: CONDENAR a Optimizar Servicios Temporales S.A en liquidación judicial y la llamada en garantía CONFIANZA S.A., a pagar la compensación en dinero de las vacaciones debidamente indexados hasta la fecha de su pago.

QUINTO: ABSOLVER a Optimizar Servicios Temporales S.A en liquidación judicial de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: ABSOLVER al FONDO NACIONAL DEL AHORRO de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A. Por Secretaría liquídense por concepto de agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente.

Fundamentó su decisión la Juez de instancia señalando en síntesis que de conformidad con el artículo 23 del CST, reunidos los elementos allí consagrados, surgía la relación laboral en virtud del principio de la primacía de la realidad y la presunción contenida en el artículo 24 del mismo estatuto, que admitía prueba en contrario. Que en lo relativo a las EST, el suministro de personal por parte de esta, no se podía realizar de manera indiscriminada, ya que dicha figura había sido creada para contratar personal de manera temporal y excepcional en los casos expresos definidos por el legislador en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 2 del Decreto 1707 de 1991, que indicaba que cumplido el plazo de 6 meses más la prórroga de que trataba el inciso 3 del artículo 77 citado y la necesidad de la empresa usuaria subsistía, no se podía prorrogar el contrato con la EST ni celebrar uno nuevo con otra para la prestación de dicho servicio, de no observarse tales preceptos, era la empresa usuaria tendrá la calidad de verdadero empleador y la EST, deberá responder solidariamente, como lo había reiterado la CSJ en sentencia SL3993 de 2019.

Que para el caso en concreto, había quedado probada la vinculación laboral del actor con Optimizar de lo dicho por este también en interrogatorio de parte, que no le pagaron las prestaciones a la finalización del vínculo laboral y los salarios sí le fueron pagados de manera oportuna, que la testigo Nora Peláez había manifestado que trabajó con el actor y pese a estar vinculados por Optimizar, las órdenes las emitía el FNA, que laboran en las instalaciones y con los elementos proporcionados por este último y el cargo en el que se desempeñó el actor, ya existía en el FNA, dicho envío en misión del actor para esta última, fue aceptado por el Fondo en mención y que la vinculación del actor, no excedió los límites previstos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que se había probado la suscripción de contratos entre el FNA y Optimizar para el suministro de personal en misión para cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del FNA, que para cumplir con dicho objeto, Optimizar el 1 de diciembre de 2014, contrató al demandante en el cargo de Comercial I y con un salario de \$4.800.000 y si bien el demandante aludía que dicho contrato se había extendido hasta el 31 de diciembre de 2015, de ello no había prueba, contrario sensu, había quedado suficientemente determinado que dicha vinculación había tenido lugar hasta el 30 de

septiembre de dicha anualidad como se verificaba de liquidación final de contrato.

Que la contratación del actor, previa relación comercial suscrita entre Optimizar y el FNA, se había dado bajo los parámetros del numeral 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 por cuanto de los contratos 275 de 2014 y 147 de 2015, se corroboraba que se suscribieron para cubrir el aumento de la producción del FNA, precisándose que era para atender el crecimiento y expansión de este, aunado a ello, la relación laboral no se extendió más allá de los 6 meses prorrogables por otros 6, al haber tenido lugar este desde el 1 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, habiendo lugar a declarar la existencia de un contrato entre el actor con Optimizar Servicios Temporales por los extremos temporales indicados.

En cuanto a las prestaciones sociales reclamadas a la terminación del vínculo laboral, la única prueba allegada fue la liquidación de estas por la demandada Optimizar, no reposando prueba de dicho pago, por lo que había lugar a condenarla al pago de cesantías, interés a la cesantía, primas de servicio, vacaciones, en cuanto a la indemnización por despido injusto, correspondía al trabajador demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa para finalizarlo y en el caso del actor, no se había acreditado el hecho injusto del despido y en cuanto a la sanción moratoria del artículo 65 del CST, esta no operaba de manera automática, debiéndose en cada caso analizar la conducta del empleador, frente a lo cual, Optimizar negó el reconocimiento de las prestaciones a favor del actor, alegando el proceso concursal en que se encontraba inmersa, argumento que no era de recibo como lo había señalado la CSJ en sentencia SL1684 de 2016, no logrando esa demandada probar la existencia de un elemento constitutivo de buena fe, había lugar a condenarla al pago de la sanción bajo estudio a razón de un día de salario diario a partir del 1 de octubre de 2015, por los primeros 24 meses y a partir del mes 25 intereses moratorios, hasta tanto se pagaran las prestaciones sociales adeudadas.

En cuanto a la indexación indicó que la sanción moratoria del artículo 65 CST, era incompatible con dicha condena, debiendo ser objeto de la primera únicamente la compensación en vacaciones al no tener naturaleza de

prestación social. Respecto de la solidaridad alegada, señaló que tratándose de las EST solo existía solidaridad cuando se acreditara que la verdadera empleadora fue la empresa usuaria, ya que esas sociedades no eran contratistas independientes como lo había expresado la Sala Laboral de la CSJ en sentencia SL 4162 de 2021 y al haberse acreditado que el verdadero empleador del actor fue Optimizar y la contratación de esta última se dio acorde con lo normado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, no había lugar a declarar responsabilidad solidaria.

En cuanto a la excepción de prescripción señaló que la terminación del contrato había tenido lugar en septiembre de 2015 y se había reclamado el pago de las acreencias ante el FNA el 5 de abril de 2015, presentándose la demanda el 15 de agosto de 2017, no había operado el fenómeno prescriptivo.

Respecto de los llamamientos en garantía, señaló que se había allegado póliza expedida por Liberty Seguros, cuyo asegurado era el FNA y como quiera que no se había impartido condena alguna contra este, lo propio ocurrida con la aseguradora en mención, en cuanto a Confianza S.A., refirió que las pólizas allegadas por esta, habían sido tomadas por Optimizar a favor de sus trabajadores en misión y ante esta calidad del actor, era beneficiario de las mismas y al abarcar prestaciones sociales e indemnizaciones, esa aseguradora debía responder por las sumas objeto de condena.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **apeló la parte demandante** indicando que en cuanto a la solidaridad, Optimizar estaba liquidada, no existía y sus fundadores y socios hurtaron el dinero de las pólizas y desaparecieron con el dinero de los trabajadores, por ello se vinculaba en estos procesos al FNA al haber sido el beneficiario de dichas laborales contratadas supuestamente por Optimizar, razón por la que este, debía ser el condenado como empleador del actor, ya que es la única que puede pagar dicha condena ya que Optimizar se encontraba liquidado.

La llamada en garantía **Confianza S.A.**, recurrió señalando que no era procedente condenarla a responder por la condena ya que había sido

convocada por un llamamiento que hiciera el FNA, que fuera absuelto, por lo que dicha aseguradora, debía correr la misma suerte, que la póliza terminada en 6347, la que no estaba vigente a la fecha de la relación laboral del actor ya que había vencido el 1 de enero de 2015 y el vínculo del actor había terminado en septiembre de 2015, que esa aseguradora de buena fe había allegado las resoluciones proferidas por el Ministerio de Trabajo, en las que se ordenaba la afectación de 2 pólizas con vigencias distintas y de acuerdo a la vinculación de cada trabajador y con otras muchas empresas y la póliza que estaba vigente para 2015, era la 7987 como se había acreditado en el proceso y esa aseguradora procedió a ubicar a los más de 2000 trabajadores, entre los cuales se encontraba el trabajador demandante a quien se le ubicó cuando había valor asegurado disponible pero se negó a recibir dicho pago y no es posible efectuarlo actualmente ante el agotamiento del valor asegurado.

En cuanto a la liquidación de la sanción moratoria objeto de condena, la sociedad Optimizar, había ingresado en proceso de liquidación en febrero de 2016, data a partir de la cual, quedó impedido para hacer pagos, por lo que dicha condena se debió haber extendido únicamente hasta la fecha en que entró en liquidación ante la imposibilidad de efectuar pagos con posterioridad a ella.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de reproche la vinculación del actor con la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A., y que la ejecución de sus labores se realizó a favor del Fondo Nacional del Ahorro, lo que se corrobora con documentales contentivas de contrato por obra o labor suscrito entre el demandante y la demandada Optimizar, certificación laboral expedida por esta última y liquidación final de prestaciones sociales allegadas al plenario digital y que permiten corroborar que dicho vínculo como bien lo adujo la decisión de instancia, tuvo lugar entre el 1 de diciembre del 2014 al 30 de septiembre de 2015.

En casos como el que nos ocupa, La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento radicado No. 69399 del 15 de agosto de 2018,

reiteró que la contratación a través de sociedades temporales que desborde las previsiones del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, impone la declaratoria de la relación laboral a cargo de la Empresa para la cual el trabajador prestó sus servicios, así se pronunció en dicha oportunidad esa alta Corporación:

*“Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. **Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.***

*En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal **para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria**¹».*

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

*Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 adujo que las empresas usuarias no **pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales» de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.** (negrilla fuera del texto original).*

Conforme lo anterior, en el presente se observa que contrario a lo indicado por la parte demandante en su recurso, conforme documental contentiva de contratos No. 275 de 2014 y 147 de 2015, aportados al plenario digital, que dan cuenta que el objeto del contrato suscrito entre el Fondo Nacional del Ahorro y la empresa de servicios temporales aquí demandada, Optimizar S.A. fue el suministro de personal en misión, que permita cubrir las

¹ ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia, *Descentralización, Tercerización y Subcontratación*. Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009, p. 29.

necesidades del crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro; del mencionado objeto, se observa claramente que el suministro de personal en misión, durante la vigencia de los contratos de 2014 y 2015, se encontraba dirigido a cubrir aumentos de la producción, ya que para lograr el objetivo de crecimiento y expansión, el demandado FNA, requiere aumentar el cubrimiento de los servicios por este prestados, así como incluir nuevos; razón por la cual, la contratación que efectuara OPTIMIZAR del demandante como trabajadores en misión para el FNA, se enmarca dentro de las actividades autorizadas para contratar personal en misión, previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por ende, las sociedades demandadas, no transgredieron las previsiones de la normatividad legal en mención, ya que la vinculación del demandante, no excedió el término 6 meses, prorrogables por otros 6, autorizados para contratar personal en misión, ya que no fue objeto de reparo que la relación laboral de este con Optimizar S.A., inició el 1 de diciembre de 2014 y culminó el 30 de septiembre de 2015.

Así las cosas, se itera, la contratación efectuada por Optimizar en favor del FNA, no contravino las previsiones de la Ley 50 de 1990, por cuanto el objetivo para el cual fue contratado el demandante, fue para aumentar la producción del FNA, en aras de lograr su objetivo de crecimiento y expansión, aunado a que esta no superó el término permitido por dicha preceptiva legal; razón por la cual, no le corresponde al FNA, asumir responsabilidad alguna frente al pago de las condenas señaladas en decisión de primer grado, pues el solo hecho de que la sociedad Optimizar se encuentre en liquidación, no determina su participación en dicho pago, ya que se itera, no se dan los presupuestos legales para ello, al no comprobarse transgresión alguna a las normas antes citadas, no saliendo avante lo señalado por la parte demandante en su recurso y alegaciones.

En cuanto a la responsabilidad de la aseguradora Confianza S.A., sea lo primero señalar que si bien, no fue llamada por Optimizar Servicios Temporales, siendo con esta que suscribió las pólizas que aseguraban el pago de salarios y prestaciones de sus trabajadores, lo cierto es que nada impide pronunciarse respecto de su responsabilidad, máxime cuando la última sociedad en comento también fue convocada al trámite procesal.

Conforme a lo anterior y frente a la cobertura de las pólizas expedidas por la aseguradora en mención en lo que tiene que ver con las condenas a favor del demandante por prestaciones sociales e indemnizaciones, se tiene que tales riesgos encuentran cobertura en la póliza No. DL7987 del 2015 como lo acepta la misma aseguradora en su recurso y el hecho de que se hubiera agotado el valor asegurado de la misma, no la exime de garantizar el pago de dichas condenas ya que tal riesgo, se encontraba asegurado y si el trabajador se negó a recibir dicho pago, era responsabilidad de esta, conservar los recursos para efectuar el mismo o en su defecto, consignar este rubro a través de título judicial, no siendo de recibo ninguno de los argumentos esbozados para sustraerse de garantizar dicho pago, por lo que no hay lugar a variar la decisión en este punto.

Ahora bien, en cuanto a los límites temporales de la indemnización moratoria, para lo cual, le asiste razón a la recurrente Confianza S.A., en cuanto a que se debe limitar la misma hasta febrero de 2016, ya que por medio de auto 400-002370, se admitió a Optimizar Servicios Temporales en proceso de reorganización cuyo aviso fuera allegado por el FNA en su contestación, data a partir de la cual, no podía efectuar los pagos conforme a su voluntad, sino siguiendo el trámite propio del proceso de reorganización, cuestión que ha sido puesta de presente por la Sala Laboral de nuestro órgano de cierre, entre otras en sentencia SL2805 de 2020, oportunidad en que señaló:

*Pese a lo anterior, se limitará el reconocimiento de la indemnización sólo hasta el 17 de octubre de 2012, **fecha en que la Superintendencia de Sociedades admitió el trámite de reorganización empresarial y nombró promotor, debido a que, desde entonces, dicho agente estatal desplazó al empleador y entró a dirigir los destinos económicos de la sociedad intervenida, sin que pudiera a su arbitrio, cancelar las acreencias del accionante, utilizando los recursos destinados a conservar el equilibrio de la compañía y la igualdad entre los acreedores, conforme a los fines propios de la reactivación empresarial (CSJ SL16280-2014). (Negrilla fuera del texto original)***

Por lo anterior, habrá de **modificarse** el numeral **TERCERO** de sentencia recurrida, para en su lugar, ordenar el pago de la indemnización allí prevista, hasta el 15 de febrero de 2016.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de sentencia recurrida, para en su lugar, ordenar el pago de la indemnización allí prevista, hasta el 15 de febrero de 2016, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

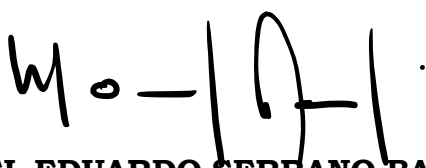
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO DE GLORIA MARIANA JURADO VS ADMINISTRADORA
DE PENSIONES COLPENSIONES Y OTRO RAD N° 37-2019-889-01**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada PORVENIR SA contra el auto proferido por el Juez 37 Laboral del Circuito transitorio de Bogotá, en cuya virtud declaró probada la excepción de falta de integración de litisconsorcio necesario, ordenando vincular a la NACION.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de Porvenir S.A.

HECHOS

La señora GLORIA MARIANA JURADO instauró demanda en contra de COLPENSIONES Y P, para que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual y en consecuencia se condene a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros depositados en la cuenta individual del actor.

Una vez admitida la demanda, la entidad demandada PORVENIR SA la contestó proponiendo la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario con la NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO.

El A – Quo declaró no probada la excepción propuesta considerando en síntesis lo siguiente: *”... Se refirió a las normas sobre excepciones, al art 61 del CGP, el cual citó. Dijo que en el momento de admisión no se advirtió de la necesidad de llamar al Ministerio, pero en virtud de la excepción en un nuevo estudio y bajo los efectos que puede tener sobre terceros, encuentra que la Nación participó en el mecanismo y trámite devolución de saldos, luego se impactara con la decisión y se deben determinar incluso los efectos de la devolución de saldos. Por ello declaró probada la excepción, ordenando la vinculación de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público...”*

El apoderado de PORVENIR pide adición diciendo que se vincule a PROTECCIÓN, porque hubo un traslado inicial de COLPATRIA a COLMENA y esta fue absorbida por PROTECCIÓN.

El Juez aduce que se hace en control de legalidad y que no es necesario vincular a todas las entidades con las que se hizo traslado, solo es necesaria la inicial y la que se encuentra afiliado pues son ellas con las que se hace el estudio, por lo que basta con la entidad que absorbió a la entidad que hizo el traslado.

Inconforme con esta decisión el apoderado de Porvenir S.A. interpuso recurso de recurso de reposición y en subsidio de apelación así: *“... asegura que es necesario porque protección fue la que absolvió a colmena y si se llegare a ordenar devolución de saldos es necesario que se vincule a esa entidad para ese efecto...”*

CONSIDERACIONES

Lo primero que advierte la Sala es que la demandada PORVENIR SA, en la etapa procesal oportuna para proponer excepciones esto es la contestación de la demanda, solo propuso como previa la excepción de falta de integración de litisconsorcio necesario con NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, la cual fue declarada probada por el Juez, sin que desde luego existiera reparo por parte de PORVENIR.

No obstante, en la audiencia del artículo 77 del C P del T y de la SS, solicita nuevamente vinculación de otras partes, lo que salta a la vista es una nueva excepción previa, que ya no estaba facultado para proponer.

Es en ese momento en que el Juez acude al control de legalidad, el cual se encuentra establecido en el art 132 del CGP, para resolver esa solicitud, desde luego porque la falta de integración del litisconsorcio necesario es una causal de nulidad prevista en el art 133 del mismo ordenamiento; encontrando que no hay lugar a la misma, por lo que no accede a esa petición.

Esa es la decisión recurrida, esto es en la que se encuentra que no existe ninguna irregularidad o vicio que deba ser corregido, citando a otras partes; luego ni bajo el

imperio del art 65 del CST, ni de norma alguna del CGP, esta decisión es objeto de recurso, admitirlo no solo contraría el respeto a los términos y oportunidades procesales, sino que incluso se opone a lo establecido para el trámite de las nulidades, pues claramente se señala en el CGP que no podrá alegar una nulidad la parte que pudo proponer la excepción y no lo hizo, como en este caso PORVENIR, que solo en audiencia propone una excepción para vincular a una parte diferente a la que señaló en la contestación de la demanda, luego ni siquiera tampoco bajo la interpretación que hizo el Juez de una violación al debido proceso, debió concederse el recurso de apelación.

Finalmente, y si en gracia de discusión aceptásemos que el recurso es procedente, se observa que el apoderado de PORVENIR, no sustenta su impugnación, pues se limita a reiterar el argumento de la solicitud, sin señalar un solo motivo de inconformidad al argumento del Juez, por lo que no se cumple con el principio de consonancia dispuesto en el artículo 66 A del C P del T y de la SS.

En consecuencia, teniendo en cuenta que lo dispuesto en el artículo 64 del C P del T y de la SS, se dispondrá dejar sin valor y efecto el auto de julio 27 de 2022 mediante el cual se admitió el recurso de apelación formulado por PORVENIR SA para en su lugar rechazarse por improcedente.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: DEJAR SIN VALOR Y EFECTO el auto de julio 27 de 2022 mediante el cual se admitió el recurso de apelación, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: RECHAZAR por IMPROCEDENTE el recurso de apelación, formulado por el apoderado de PORVENIR SA.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 37-2021-055-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ALEJANDRA BERNAL APONTE
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 1 de febrero de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las Colpensiones y la parte demandante, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora ALEJANDRA BERNAL APONTE por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad por ineficacia de la afiliación y traslado que realizara del RPM al RAIS, ante la omisión en el deber de información en que incurrió Protección S.A., que la afiliación válida es la que realizara al entonces ISS hoy Colpensiones, debiendo Protección trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes por



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37202100055-01 Dte: ALEJANDRA BERNAL APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ella efectuados, rendimientos, bono pensional durante el tiempo de afiliación; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se ordene su traslado y afiliación a Colpensiones sin solución de continuidad, condenando a Protección a realizar el traslado de aportes en la forma antes señalada.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se vinculó al ISS para el cubrimiento de los riesgos de IVM en 1986, que en septiembre de 1994, cuando se encontraba laborando para la sociedad Inmobiliaria y Cía Ltda., se trasladó del RPM al RAIS el por intermedio de Davivir AFP hoy Protección S.A., sociedad que para dicha data y en aras de promover su afiliación, no le informó respecto de su situación pensional particular, no le ilustró sobre el funcionamiento y prestaciones propias del RPM, que para esa época devengaba un salario de \$250.000, lo que equivalía a más de 2 SMLV, que no le informaron que para pensionarse en dicho régimen requería un capital equivalente al 110% de una pensión de salario mínimo y actualmente acumula un capital que no es suficiente para el efecto, que no le indicaron los riesgos de trasladarse de un régimen a otro, ni las modalidades pensionales en el RAIS.

Afirma que no le informaron respecto de la existencia de un bono pensional en su caso, ni menos respecto de la redención de este, que la información en cuanto a su traslado no fue técnica, suficiente, transparente, equitativa y adecuada, que en noviembre de 2020, agotó reclamación administrativa ante Colpensiones y Protección negó su traslado al RPM argumentando asesoría verbal.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numeral 9, 10, 20 a 22, 25 y 43 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó aplicación del precedente establecido en sentencia



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37202100055-01 Dte: ALEJANDRA BERNAL APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

SL373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos y buena fe.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en No. 1 a 5, 7, 10, 20 y 24 a 26; respecto de los demás, los negó o manifestó no constarle. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del SGM, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, 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 derecho de terceros de buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante página 00338 señora ALEJANDRA BERNAL APONTE del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP DAVIVIR S.A. que tuvo como fecha de suscripción el día 15 de septiembre del año 1994. En consecuencia, DECLARO válida la afiliación de la demandante ALEJANDRA BERNAL APONTE al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros causados de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. (...)

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que conforme criterio jurisprudencial al respecto esbozado por la Corte Suprema de justicia entre otras en sentencia SL 1688 y 1689 de 2019, se resaltaban 4 aspectos, el primero, que desde la Ley 100 de 1993, se encontraba el deber de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37202100055-01 Dte: ALEJANDRA BERNAL APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

información, el que también se consagraba en el Decreto 663 de 1993, el segundo, que el formulario de afiliación no era prueba suficiente del suministro de dicho deber de información, el tercero, que la carga de la prueba en cuanto a ese deber recaía en las AFP y por último, que tales derroteros tenían carácter de universalidad, esto es, aplicaban para todos los afiliados con independencia de si eran o no beneficiarios del régimen de transición.

Que no se había probado que la demandante fuera beneficiaria del régimen de transición pues no cumplía con los requisitos previstos para el efecto, que en cuanto al acto del traslado que tuviera lugar en septiembre de 1994 del ISS al RAIS administrado en su momento por Davivir, en interrogatorio de parte la demandante había indicado que en su sitio de trabajo había recibido asesoría para el traslado, en la que le señalaron los problemas que afrontaba el ISS, le indicaron que en RAIS tendría una mejor mesada pensional, sin precisarle la forma de cómo se obtendría, que tendría una CAI, de lo que se determinaba que no se configuraba confesión respecto del deber de información, pues en cuanto a su traslado, era escasa la información suministrada.

Y en el plenario no había ningún otro medio de prueba en cuanto al deber de información, la afiliación de la actora había sido prematura ya que se realizó luego de escasos meses a la creación de las AFP por virtud de la Ley 100 de 1993, así ante la inexistencia de prueba que denotara la existencia del deber de información, se debía declarar ineficaz el traslado efectuado por la demandante, debiendo Protección devolver a Colpensiones el valor de los aportes junto con rendimientos y como quiera que esta sociedad no había sido la que promovió el traslado, no se podía condenar a la devolución de los valores por concepto de gastos de administración.

Por último indicó que no se declaraba probada la excepción de prescripción, por cuanto la acción de ineficacia, tenía una relación intrínseca con derechos pensionales, los que tenían el carácter de imprescriptibles.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37202100055-01 Dte: ALEJANDRA BERNAL APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** recurrió señalando que en cuanto al deber de información, Protección no había desconocido su existencia desde 1993, no obstante, tal deber se intensificaba con la expedición de la Ley 1328 de 2009, no siendo dable requerir las mismas formalidades de esa Ley para la fecha en que se dio el traslado, en cuanto a la proyección pensional que se echó de menos, esta obligación también había nacido para el año 2015, en cuanto a la manifestación de ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, estos estaban consignados en la Ley 100 de 1993, norma que estaba al alcance de todos los ciudadanos.

Que también era deber legal de los afiliados de informarse y la actora manifestó que le llegaban extractos, por ello de tener alguna inconformidad frente a ellos pudo haberse acercado a las oficinas de la AFP, pero actuó de dicha forma cuando ya se encontraba inmersa en la prohibición de traslado, que el ISS si bien se liquidó, el RPM no desapareció y en el tiempo de afiliación al RAIS, no realizó ninguna acción tendiente para retornar a este, denotando una desidia por parte de la demandante.

Indicó que debía tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, ya que el traslado de la demandante afectaba significativamente este en el RPM, ante la falta de contribución de esta a ese régimen, quien no había construido un derecho pensional en el mismo y se debía acceder a la devolución de gastos de administración.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora ALEJANDRA BERNAL APONTE, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con DAIVIR hoy Protección S.A., el 15 de septiembre de 1994 y que fuera allegado por la demandante y esa AFP al plenario digital.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37202100055-01 Dte: ALEJANDRA BERNAL APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

En este orden, la figura de la ineficacia del traslado, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos y contrario a lo manifestado por Colpensiones en alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37202100055-01 Dte: ALEJANDRA BERNAL APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Colpensiones alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Alejandra, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS, el que quedó probado, tuvo lugar en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Davivir hoy Protección S.A., AFP a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37202100055-01 Dte: ALEJANDRA BERNAL APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se concluye que contrario a lo señalado por la recurrente, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información en los términos antes señalados y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, arribando luego de efectuar dicho estudio la decisión de primer grado a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio para el caso particular del demandante, la que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, deber que contrario a lo indicado por Colpensiones, no surgió con posterioridad a la afiliación de la actora al RAIS.

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiesta la recurrente Colpensiones, la demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en dicho acto brindarle al afiliado toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, pues conforme el papel que desempeñan en el sistema son las encargadas de promover las afiliaciones y son quienes



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37202100055-01 Dte: ALEJANDRA BERNAL APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

conocen el manejo y características del sistema pensional, conocimiento que no poseen los afiliados.

En cuanto al traslado de recursos ordenado en decisión de primer grado, le asiste razón a la recurrente ya que es procedente ordenar el retorno a Colpensiones por parte de Protección de los gastos de administración, ya que los mismos contrario a lo indicado por el juzgador de instancia, se encuentran en poder de la demandada Protección S.A., desde que absorbió a Davivir, ya que dicha figura implica el manejo de los recursos de la entidad absorbida y ese traslado, resulta procedente como lo ha reiterado la Sala Laboral de la CSJ, entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original)*

Por lo anterior, se dispondrá **modificar** el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida en el sentido de indicar que el traslado de aportes allí ordenado, debe incluir lo descontado por gastos de administración de manera indexada.

Respecto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso como en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante y demás emolumentos señalados en decisión recurrida, junto con gastos de administración durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37202100055-01 Dte: ALEJANDRA BERNAL APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones y demás que realizó la actora a órdenes de Colpensiones, las que una vez trasladadas, entrarán a hacer parte del fondo común administrado por esta demandada.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, no se puede considerar libre y voluntario; razones suficientes para **confirmar** la declaratoria de ineficacia de traslado en los términos de la sentencia de primer grado.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida en el sentido de indicar que el traslado de aportes allí ordenado, debe incluir lo descontado por gastos de administración de manera indexada; conforme lo indicado en la parte pertinente de esta providencia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 37202100055-01 Dte: ALEJANDRA BERNAL APONTE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 41-2021-213-01

ASUNTO: APELACION AUTO

DEMANDANTE: GERMAN PLATA SOLANO

**DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES Y OTRO**

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra el auto proferido por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, el día doce (12) de julio de dos mil veintidós (2022), en cuya virtud se declaró probada la excepción de falta de reclamación administrativa y se dio por terminado el proceso. (Ver Expediente Digital)

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la entidad Colpensiones, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

HECHOS

El señor **GERMAN PLATA SOLANO** a través de apoderado judicial presentó demanda en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OTROS** para que se declare la ineficacia del traslado y afiliación al RAIS y se declare como válida la afiliación al Régimen de Prima

Media con Prestación Definida, solicitando a su vez traslado de aportes, incluyendo gastos de administración y rendimientos. (Expediente Digital).

El Juez de primera instancia en la audiencia del art 77 del C P del T y de la SS tomó la decisión que hoy revisa la Sala.

Para llegar a esa decisión señaló el Juez: *“... citó el art 6 del C P del T y de la S S, señaló que es un factor de competencias, citó sentencias al respecto y concluyó que por ser COLPENSIONES una empresa del Estado debía agotarse esa reclamación y en los términos de la norma, luego con la petición efectuada visible a folio 189 radicada el 14 de abril de 2021 donde solicita vinculación traslado de régimen entidad actual porvenir, lo que señala con una x, esta solicitud fue contestada por Colpensiones, diciendo que no es posible el traslado, porque está a menos de diez años. Consideró que este no es un reclamo porque ese formulario no es un reclamo escrito sobre el derecho que se pretende, pues no es claro que sea la ineficacia el motivo.*

Inconforme con esta decisión la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación señalando: *“....que la entidad tiene unas exigencias para el reclamo y esta es el formulario y es claro que en uno de sus apartes diligencia porque lo pregunta la entidad que es un traslado de régimen entonces no se entiende como era que tenía que sustentar en otro documento que era por la ineficacia, el requisito se cumple porque así lo exige Colpensiones. Afirma que ampliara el recurso...”*

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S la Sala resuelve el recurso, precisando que la sustentación del recurso de apelación solo puede realizarse en la audiencia de juzgamiento y ante el Juez; lo que claramente indica que no existe posibilidad de ampliar los argumentos planteados en ese momento, siendo claro también que en esta instancia solo hay lugar a alegaciones.

El tema a definir es si debe prosperar la excepción que la demandada denominó falta de competencia por falta de reclamación administrativa.

El artículo 6° del Código de Procedimiento Laboral vigente, preceptúa:

“Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta”.

Es claro entonces que la finalidad de la norma es que las entidades, tengan la oportunidad de determinar la procedencia o no de los derechos objeto de reclamación, desde luego, previo al análisis fáctico y jurídico que corresponda. Así mismo, si de ese análisis se concluye la existencia del derecho reclamado, para que se proceda a su reconocimiento directamente por la entidad obligada, sin que sea necesaria la intervención del Juez.

La H. Corte Suprema de Justicia ha sido uniforme en la consideración de que a través del instituto de la vía gubernativa:

“(...) se le da a dichas entidades, la oportunidad de ejercer una especie de justicia interna, como que la misma ley les permite conocer de manera primigenia, es decir, antes que a los propios Jueces del Trabajo, las inconformidades de orden laboral que tengan las personas legitimadas para formularles esta clase de cuestionamientos, para que sean tales organismos, actuando como juez de sus propias decisiones, los que definan la viabilidad de aquéllas y puedan así corregir por sí mismas, cualquier error en que hayan podido incurrir en torno a las actuaciones que originaron tales desavenencias y evitar de esta manera los traumatismos propios de una controversia judicial.(...)”

(C.S.J. Sent. 12.221 oct. 13/99 M.P. Germán G. Valdés Sánchez).

Además como se ha señalado en reiteradas oportunidades, el mencionado requisito de reclamación administrativa constituye un factor de competencia sin el cual no puede entablarse válidamente la relación jurídico procesal y que, por tanto, debe ser evaluado al momento de admitirse la demanda o al momento de resolverse la excepción previa siendo claro se insiste que su finalidad no es otra a que la administración estudie previamente la viabilidad de los reclamos efectuados por el trabajador y, si a bien lo tiene, los reconozca, sin que tenga que agotarse un proceso en la jurisdicción ordinaria.

Bien una vez hechas estas precisiones y; -dada la claridad de la norma **y su objetivo-**; la decisión del Juez será **REVOCADA**, pues **evidentemente el formulario en donde se marca que lo que se quiere es un traslado de régimen de la entidad actual PORVENIR, lo agota**, entre otras por una elemental razón no podría Colpensiones; si es que se requiriera como asegura el Juez que el indique que se trata de una ineficacia de la afiliación; decidir nada al respecto, pues ella se solicita de quien afilió, es por ello que la respuesta que dio Colpensiones, fue negar el traslado que le solicitaron invocando un requisito legal; era lo único que podía contestar, pues es lo único que podía estudiar dado lo que le compete.

Reitera la Sala que efectivamente y eso no es motivo de discusión; que en el expediente aparece la solicitud de la actora mediante formulario para afiliación al RPM y respuesta negativa a la misma de parte de la entidad, **bajo el argumento de no poder retornar dado que se encontraba a diez o más años de la fecha de pensión.**

De esa respuesta básicamente y elementalmente se advierte; que lo implícitamente manifestado es el desconocimiento del traslado, de manera que Colpensiones si se enteró de esa pretensión y si le dio respuesta, negativa, y entonces no hay duda que lo que se niega es el retorno al RPM.

Conviene precisar en cuanto al argumento del Juez en cuanto al reclamo escrito con lo pretendido, que se ha manifestado por esta Sala, en reiterados pronunciamientos que el que sea un reclamo escrito, no significa como entiende el A Quo, que no pueda ser objeto de otra prueba a ese que él considera debe tener expresa la pretensión; pues esa condición no la contempla la norma; **siendo claro que para la prueba del agotamiento se admiten todos los medios probatorios, como por ejemplo confesión o cualesquier otro, como en este caso considera la Sala el formulario en el que se manifiesta el deseo de retornar al RPM, lo que sin duda alguna conoció la entidad, y además nuevamente se indica respondió en forma negativa.**

Insiste la Sala dada su importancia; en que el agotamiento se puede probar por cualquier medio, llámese acción de tutela, citación a conciliación extrajudicial y así ha sido definido por la jurisprudencia; de manera que tal que le asiste razón a la recurrente toda vez que el formulario y la respuesta de la entidad tienen por establecido el cumplimiento de lo establecido en la ley y sobre todo el logro de su finalidad.

Conviene también resaltar que la norma no esa rigurosidad; entenderla así la haría de una ritualidad que no tiene; porque antes y luego de la reforma que introdujera la ley 712 de 2001, siguió correspondiendo a la finalidad perseguida; **esto es el principio de autotutela de la administración, en desarrollo de cual se le considera no solo como parte pasiva sino parte neutral o autoridad pública que tiene como deber primordial garantizar la efectividad, de los principios derechos y deberes consagrados constitucional y legalmente a favor de los asociados y en esa calidad es que se le llama para que considere la viabilidad jurídica de los reclamos del trabajador y si es del caso los reconozca, oportunidad que ya tuvo con el formulario que recibió y respondió, siendo entonces ahora el Juez quien debe decidirlos.**

Ahora solo en gracia de discusión insiste la Sala también en que de haber recibido una petición expresa de ineficacia; su respuesta no podría ser otra que no tener competencia para responderle; lo que hace que, en estos específicos casos, la reclamación o pretensión debe ser dirigida en contra de la entidad que haya hecho la afiliación; si es que es de naturaleza pública, de la que se dice no dio la asesoría necesaria para lograr una afiliación verdaderamente informada, por lo que se solicita la nulidad y /o ineficacia de ese traslado. Es, por tanto, se itera, la verdadera pretensión es dirigida en contra de esas entidades, para que una vez se declare esta ineficacia sea la entidad quien traslade los aportes a **COLPENSIONES, de quien solo se solicita los acepte como una consecuencia**; pues nuevamente se expresa nada podría responder sobre una situación en la que no fue parte. Nada entonces en estricto sentido constituye una pretensión, que pueda cumplir el objeto de la norma, esto es nada podría estudiar previamente COLPENSIONES, solo el Fondo podría hacer ese estudio para decidir, si en verdad omitió la información, si la asesoría fue errada si la afiliación debe ser declarada ineficaz, para en consecuencia declarar que el traslado lo fue y ordenar el traslado a Colpensiones; quien desde luego no puede pronunciarse frente a ello; eso se itera, es lo que persigue la norma; **siendo en verdad contrario a la racionalidad de la Ley pretender cumplir con una solicitud para que la respuesta sea que no puede resolverla negarla o acceder a ella; porque no está legitimada para hacerlo.**

En consecuencia, **SE REVOCA**, la decisión apelada y se ordenará la continuación del proceso.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto objeto de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SIN COSTAS EN ESTA INSTANCIA

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

Salvo voto

Porque en mi opinion lel formulario de solicitud de traslado al regimen no reune el presupuesto de la reclamacion administrativa.

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



DEMANDANTE: FAMISANAR EPS
DEMANDADO: ADRES y OTROS
RADICADO: 2022-766-01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022)

AUTO

Resuelve la sala el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 23 de septiembre de 2021 por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. (fl.49)

Como fundamento de sus pretensiones expuso la EPS demandante que suministró medicamentos no incluidos en el POS y realizó procedimientos de igual carácter por decisión judicial o del CTC, que presentó 1472 recobros ante el Ministerio de Protección Social, los que fueron glosados por dicha cartera ministerial y por ende, no pagados. (fl. 1 a 6)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante proveído de fecha 23 de septiembre de 2021, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud decidió RECHAZAR la demandada presentada por la EPS demandante por cuanto no informó ni soportó las respuestas a las glosas emitidas ante la ADRES para cada uno de los recobros pretendidos, no subsanando la demanda conforme los requerimientos efectuados en auto inadmisorio, ya que presentó escrito con este objeto de manera extemporánea. (fl. 51).

RECURSO DE APELACIÓN

La Entidad accionante presentó recurso de apelación en el cual adujo que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, consagraba un que la función jurisdiccional de la Superintendencia de salud, se debía regir por un trámite entre otros, bajo la prevalencia del derecho sustancial, aunado a ello, los requisitos para admisión de demanda, se debían interpretar con armonía de lo previsto en el artículo 82 del CGP y la demanda por ella presentada cumplía dichos requisitos.

CONSIDERACIONES

Revisadas las diligencias, la Sala advierte que la jurisdicción ordinaria laboral no es competente para conocer el asunto, según lo ha definido la Corte Constitucional en reciente jurisprudencia, en la cual concluyó que el numeral 4 del artículo 2 del CPTSS condiciona la competencia de esta jurisdicción a la **prestación efectiva de los servicios de salud** y no a su forma de financiación ni menos al pago de daños y perjuicios derivados de tal prestación que es lo solicitado por la EPS demandante en este asunto.

Dicha alta Corporación Constitucional, en auto 389 de 2021 M.P. Antonio José Lizarazo, al ocuparse de un conflicto de similares con tornos suscitado entre la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la Laboral indicó:

*La Sala encuentra, en primer lugar, **que el proceso judicial de recobro no corresponde, en estricto sentido, a una controversia relativa a la prestación de servicios de la seguridad social. Dicho procedimiento se adelanta cuando ya la entidad prestó el servicio** (el tratamiento o el suministro del insumo excluido del PBS), en virtud de la orden proferida por un comité técnico científico –en su momento– o por un juez de tutela; es decir, no tiene por objeto decidir sobre la prestación del servicio sino sobre su financiación. En este sentido, el recobro busca resolver un desequilibrio económico entre el Estado y una EPS, de manera que esta última lo que pretende es recuperar los recursos que debió destinar para cubrir asistencias a las que no se considera obligada por estimar que no hacen parte de la cobertura del Plan de Beneficios en Salud. En ese orden, el recobro no pretende garantizar en forma directa que el servicio o la tecnología en salud efectivamente sean prestados.*

No se debe olvidar que los recobros tienen la virtualidad de permitir que los recursos del sistema fluyan adecuadamente y que, de esta forma, tienen repercusiones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud^[49]. Sin embargo, esta relación es meramente indirecta y condicional (circunstancial),

pues materialmente el procedimiento de recobro constituye una controversia económica, no de salud en estricto sentido, que formula la EPS ante el Estado por haber asumido obligaciones que considera ajenas a lo que estaba legal y reglamentariamente obligada a cumplir.

25. En segundo lugar, **las controversias relacionadas con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el PBS y por las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud vinculan, en principio, a las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ADRES. En este tipo de controversias, en consecuencia, no intervienen afiliados, beneficiarios, usuarios ni empleadores.**

26. La ADRES es una entidad con una naturaleza jurídica específica. El legislador, mediante el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015^[50], con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, creó la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), ADRES, como una entidad de naturaleza especial del sector descentralizado del orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado, con lo que adquiere la categoría de entidad pública. Adicionalmente, dispuso que la ADRES hará parte del SGSSS y estará adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, y estará encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, y los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)^[51].

Entre sus funciones se encuentran: “c) Efectuar el reconocimiento y pago de las Unidades de Pago por Capitación y demás recursos del aseguramiento obligatorio en salud”; “d) Realizar los pagos, efectuar giros directos, a los prestadores de servicios de salud y proveedores de tecnologías en salud, de acuerdo con lo autorizado por el beneficiario de los recursos y adelantar las transferencias que correspondan a los diferentes agentes del Sistema, que en todo caso optimice el flujo de recursos”, y “e) Adelantar las verificaciones para el reconocimiento y pago por los distintos conceptos, que promueva la eficiencia en la gestión de los recursos” (art. 66, Ley 1753 de 2015)^[52]. Al respecto, también puede verse el artículo 3 del Decreto 1429 de 2016^[53].

27. Es necesario precisar que la ADRES no es una entidad administradora de los planes de beneficios en salud. De acuerdo con el artículo 121.1 de la Ley 1438 de 2011^[54] se entiende por administradoras de Planes de Beneficios en Salud (EAPBS): “Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, las Empresas Solidarias, las Asociaciones Mutuales en sus actividades de Salud, las Cajas de Compensación Familiar en sus actividades de salud, las actividades de salud que realizan las aseguradoras, las Entidades que administren planes adicionales de salud, las entidades obligadas a

compensar, las entidades adaptadas de Salud, las administradoras de riesgos profesionales en sus actividades de salud. Las entidades pertenecientes al régimen de excepción de salud y las universidades en sus actividades de salud [...]"^[55].

28. Por otra parte, la ADRES tampoco es una entidad prestadora –no es EPS ni IPS–. En efecto, el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 determina que las Entidades Promotoras de Salud son las responsables de la afiliación, el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función primordial es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados^[56]. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 185 de la misma ley, las Instituciones Prestadoras de Servicios de salud (IPS), como su nombre lo indica, son aquellas encargadas de prestar directamente los diferentes servicios de salud a los usuarios.

29. Ahora, aunque el artículo 622 del CGP, que modificó el numeral 4° del artículo 2 del CPTSS, fue expedido cuando la ADRES aún no se había creado, no puede desconocerse que se trata de una entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que hace parte del mismo.

30. Con fundamento en lo anterior, concluye la Sala que el numeral 4° del artículo 2 del CPTSS (en la forma como fue modificado por el artículo 622 del CGP) no es aplicable a las controversias relacionadas con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el PBS y por las devoluciones o glosas a las facturas, que se susciten entre las EPS y la ADRES, en la medida en que, como ya se indicó, no corresponden a litigios que, en estricto sentido, giren en torno a la prestación de servicios de la seguridad social. Además, porque se trata de controversias presentadas únicamente entre entidades administradoras, relativas a la financiación de un servicio que ya se prestó.

31. Así las cosas –descartada la competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social–, para efectos de determinar la competencia para el conocimiento de este tipo de controversias, es necesario acudir a la cláusula que trae el inciso primero del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 que indica que “[l]a Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa” (negritas fuera de texto).

Por lo señalado en precedencia es claro para esta Sala que el asunto objeto de pronunciamiento, no es de competencia de esta jurisdicción como en efecto lo señaló la Corte Constitucional en decisión antes transcrita, criterio

que ya ha acogido esta Sala en oportunidades anteriores; como quiera que lo que pretende la EPS demandante es el pago de las sumas que le originaron los servicios médicos **ya prestados** a los afiliados de dicha EPS y no incluidos en el POS, es decir, la controversia no gira en torno a la prestación de dichos servicios, escenario en el cual, el conocimiento del asunto sí radicaría en esta jurisdicción.

Así las cosas, al considerar que esta jurisdicción no es la competente para conocer del asunto puesto a consideración, se declarará la FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA para conocer del mismo, ordenando su remisión a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 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:

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR la FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA para conocer del presente asunto, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la Oficina de Reparto de los Juzgados Administrativos, para lo de su cargo.

Las partes se notifican en estrados conforme lo previsto en los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

Mo-10-11.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO - R
LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO