

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **NOEL ANTONIO ARDILA MARTÍNEZ** promovió contra **AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 18 de enero de 1999 al 15 de marzo de 2019; que el contrato terminó de manera unilateral y sin justa causa; y que dicha terminación fue vulneradora del debido proceso. Como consecuencia de lo anterior, solicita reintegro junto con el pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, bonificación anual de resultados, y aportes

a seguridad social dejados de percibir desde su retiro hasta su reintegro, debidamente indexados.

Subsidiariamente, solicita indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, el demandante argumentó que: **1)** Ingresó a laborar como Auxiliar de Vuelo al servicio de la demandada el 18 de enero de 1999; **2)** El 24 de junio de 2011 suscribió otrosí con la empresa demandada para desempeñar el cargo de Jefe de Servicio A Bordo, cargo en el que debía liderar y administrar a la tripulación de cabina, así como coordinar servicios relacionados con la seguridad del avión y servicio de pasajeros; **3)** El 07 de marzo de 2019 le fue remitida una citación a diligencia de descargos para el 11 del mismo mes y año; carta que no establece de forma clara las presuntas faltas en que incurrió; **4)** La demandada desarrolló a su arbitrio y voluntad el proceso disciplinario a su trabajador; **5)** El 11 de marzo de 2019 se llevó a cabo la diligencia de descargos, no obstante, la empresa no contaba con pruebas idóneas para acreditar su autoría o responsabilidad en los hechos que se le endilgaban, siendo inducido en su aceptación en la aludida diligencia; **6)** La empresa ya había escuchado las declaraciones en calidad de testigos de Carol Torres, y Viviana Echeverri, por lo que, se debieron poner en conocimiento previo a la diligencia de descargos; por su parte, la declaración de Leidy Fonseca se tomó antes de su despido, por lo que, se le debió también poner de presente; **7)** El 15 de marzo de 2019 le fue terminado su contrato de trabajo; **8)** Interpuso recurso de apelación, empero, fue confirmada la decisión inicial el 29 de marzo de 2019; **9)** Fue despedido por las irregularidades en las ventas de facturas a pasajeros, no obstante, no existía un manual o procedimiento sobre los mismos; y **10)** Solicitó el 12 de julio de 2019 copia de documentos relacionados con la relación laboral, no obstante, se respondió de manera incompleta, por lo que, el 21 de agosto de 2019 tuvo que presentar petición de

complementación, empero, nuevamente se respondió de manera incompleta.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A. (fls. 2 a 79 del archivo 08), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, y buena fe.

Aceptó los hechos relativos a la existencia del contrato de trabajo, sus extremos temporales, los cargos desempeñados por el actor las fechas de citación y desarrollo de diligencia de descargos, así como las peticiones elevadas por el actor los días 12 de julio y 21 de agosto de 2019. No aceptó los demás hechos.

En su defensa argumentó, que el contrato de trabajo terminó con justa causa, por incumplimiento de los deberes y obligaciones contractuales del actor, como hacer cumplir los procedimientos, políticas y estándares estipulados por la empresa en el MTC (Manual de Tripulantes de Cabina), cumplir con las políticas, normas y procedimientos establecidos en los manuales de la empresa y con las regulaciones, controles y normas de las autoridades que corresponda, proteger los intereses de la empresa como propios, tomar las medidas necesarias de protección de bienes que ésta le confió y evitar toda imprudencia y negligencia que pueda redundar en contra de dichas vidas o de sus resultados económicos de la Compañía; que lo dicho, se incumplió gravemente por parte del actor debido a la no entrega de factura de ventas a los pasajeros, el no registro de las ventas realizadas, la supervisión incorrecta al cierre de ventas y la no entrega a la empresa del dinero producto de las ventas a bordo, es incumplimiento al MTC, Manual de Venta a Bordo, Reglamento Interno de Trabajo, Código Sustantivo del Trabajo y Código de Conducta del Grupo LATAM; que en diligencia de descargos el actor confesó sus omisiones en la

facturación de servicios prestados a pasajeros; y finalmente, que el despido no constituye sanción disciplinaria, por lo que no debía ser agotado ningún tipo de procedimiento.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de providencia del 01 de diciembre de 2021, mediante la cual dictó sentencia en la que se declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 18 de enero de 1999 y el 15 de marzo de 2019 por decisión unilateral y con justa causa del empleador, y absolver al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra.

En síntesis, refirió el A Quo que no existió controversia en cuanto a la existencia de la relación laboral, los extremos temporales, ni en el cargo que este desempeñó el actor; que el despido no tiene condición de sanción disciplinaria, según criterio de la Corte Suprema de Justicia, a menos que se haya establecido en el contrato de trabajo, reglamento de trabajo, o convención o pacto colectivo de trabajo; que del criterio de la Corte Constitucional es dable extraer que el debido proceso se cumple si se escucha al trabajador; que en ningún documento se estableció un procedimiento específico para despedir a un trabajador, estando obligado a escuchar a este; y que está demostrado que el actor incurrió en irregularidad en la facturación producto de la venta de productos a bordo de los aviones en que este prestaba sus servicios, pues una de sus funciones era constatar que el dinero generado por las diversas ventas efectuadas tuvieran soporte con lo que se entregaba finalmente a la empresa, por demás que obran declaraciones arribadas de compañeros del demandante, así como prueba testimonial que hacen alusión al manejo irregular de tales productos.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** señaló que existió una indebida valoración de los medios de prueba, pues está demostrado que se vulneró el derecho de defensa del actor, como quiera que fue objeto de un proceso disciplinario, por lo que no se puede pretender aplicar los criterios jurisprudenciales citados por el juzgador, pues en tal sentido estaba obligada a llevar a cabo todos los lineamientos de la sentencia C-593 de 2014 para garantizar el debido proceso; que al actor no se le informó una calificación previa de la falta, la inobservancia de las obligaciones que dejó de cumplir, y las pruebas a contradecir para poderse demostrar que no había incurrido en ningún tipo de falta; que se endilgaron conductas como faltas que ni siquiera estaban establecidas en manuales o procedimientos; y que luego de dos meses de haber ocurrido las faltas fue que se dio inicio a un proceso de investigación por parte de la empresa, por lo que hubo falta de inmediatez.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado para alegar, el que fue utilizado por las partes, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si tal como se afirma en la demanda,

existió una vulneración al debido proceso al momento de efectuarse la terminación del contrato de trabajo del accionante y por ende es procedente el reintegro al cargo o, en subsidio el pago de la indemnización por despido injusto.

Del despido sin justa causa.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido y por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020**.

Por otra parte, y en relación con el procedimiento disciplinario, es necesario precisar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la **SL15245-2014 y la SL2351-2020**, ha explicado que si bien el derecho al debido proceso en tratándose de un despido, según las voces del artículo 29 constitucional presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es resultado del principio de legalidad, su vulneración sólo se puede predicar en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto o pactado expresamente un procedimiento previo para dar por terminado un contrato de trabajo.

Lo anterior no quiere decir que, al momento de llevarse a cabo un despido, el trabajador no pueda ejercer su derecho de

defensa, pues el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo lo debe realizar con base en una justa motivación, según sentencia **SL2351-2020**, y más recientemente conforme lo dispuesto en la **SU-449 de 2020** proferida por la H. Corte Constitucional, en la que se determinó la exigencia de escuchar previamente al trabajador para valorar los hechos ocurridos, y verificar la entidad del acto cometido y constatar su arreglo con las justas causas de terminación del contrato de trabajo.

Igualmente, de manera pacífica y reiterada la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado que, por la naturaleza correctiva del despido, dicho acto no representa sanción disciplinaria. En sentencia **SL2150-2020**, señaló:

“El desconocimiento de la censura de los artículos 6 y 125 de la norma superior, la lleva a confundir el «*despido*» con la sanción de «*destitución*» que prevé el Código Único Disciplinario. Con base en estos preceptos constitucionales, el «*despido*» del trabajador con justa causa no tiene la misma naturaleza jurídica de una «*destitución*». Inclusive, puede darse el caso de trabajadores que se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a sus condiciones de contratación y, a la vez, ser servidores públicos disciplinables, y, por tanto, ser sujetos de despido y de destitución, sin que se viole el principio *nom bis in idem* (no ser juzgado dos veces por el mismo hecho)”.

Del caso en concreto.

Se encuentra acreditado en el proceso y no son objeto de controversia en la instancia por así haber sido aceptados en la respuesta a la demanda, los hechos relativos a **i)** la existencia del contrato de trabajo, sus extremos temporales, los cargos desempeñados por el actor (fls. 47 a 58 del archivo 01); las fechas de citación y desarrollo de diligencia de descargos y los hechos investigados (fl. 110 a 118 del archivo 01),); **ii)** La capacitación en ventas a bordo que le fue impartida al actor el 18 de enero de 2017 (archivo 14 de la contestación visible a folio 08); **iii)** La citación a diligencia de descargos del accionante el 07 de marzo de 2019, para el 11 del mismo mes y año, por irregularidades en

ventas y facturación de productos, adjuntándose los correspondientes documentos que soportaban tal acusación (fl. 110 a 118 del archivo 01); y que **iv)** El 15 de marzo de 2019, la empresa dio por terminado el contrato de trabajo; decisión frente a la que interpuso recurso de apelación el 20 de marzo de 2019, que sería negado (fls.119 a 158 del archivo 01); iv)

Adicional a la prueba obrante a folios 47 a 173 del archivo 01, y archivo 08, se recibió la **testimonial** de Daniel Ricardo Villaneda, Diana Elizabeth Romero Guzmán, Angélica Vera y Juan Pablo Navarro Buitrago.

Pues bien. Del análisis integral de las probanzas referidas, se advierte nítido el hecho del despido, pues este se acreditó con la carta de terminación obrante a folios 119 a 125, en la que se le señaló al actor, en síntesis, que el 26 de febrero de 2019 recibió un correo electrónico por parte del Gerente Regional de Ventas de LATAM indicando que en un vuelo del 20 de febrero de 2019 había comprado un combo tradicional al Jefe de Servicio A Bordo en efectivo, y que este no le entregó factura y no le dio los \$1.000 que le sobraban, pues este no tenía dinero para devolver; que la venta aludida no se registró en ninguno de los vuelos del 20 de febrero de 2019, así como tampoco el sobrante de la venta por \$16.000; que se verificaron las ventas del 14 de enero de 2019 y también se encontraron irregularidades, pues se consignó en el vpos, ventas de \$57.000, \$3.000 y \$49.000, empero, no hay en el inventario físico un equivalente a la venta de \$49.000, así como hacía falta un Whiskey (\$25.000), Café Juan Valdez x 2 (\$6.000), y Sánduches tradicionales x 2 (\$18.000); que tampoco se reportaron las ventas aludidas al superior jerárquico; que en diligencia de descargos el actor señaló que no ofreció la factura porque el señor Juan Felipe Cadena era conocido, no obstante, cuando se le preguntó acerca de la obligación de entregar la factura por la DIAN señaló que el error que cometió fue por pensar en el bienestar del señor Cadena y que este no se presentó como trabajador de LATAM; que delegó la tarea de registrar el cierre de las ventas en Leidy Fonseca, y que pese a que tenía la

obligación de supervisar el cierre de las ventas, no se registró la venta de \$16.000; que de los dineros del 14 de enero de 2019 existen dos testimonios, los de Carol Torres y Viviana Echeverry, que dan cuenta que el actor entregó productos sin el registró de la venta, y sin entregar factura al cliente; y que las anteriores testigos también dieron cuenta que el actor no registró productos el día 15 de enero de 2019.

Dilucidado lo anterior, se procederá a estudiar si los hechos en los que el empleador basó el despido constituyen o no justa causa. Para cumplir tal cometido y en atención a los argumentos de la apelación, **se verificará en primer lugar si era necesario o no agotar un procedimiento previo para llevar a cabo el despido.**

La Sala se remite en primer lugar al contrato de trabajo y sus otros sí suscritos entre las partes, obrante a folios 47 a 58 del archivo 01, documento en el que no se estableció algún tipo de procedimiento o trámite previo a efectuar un despido. En igual sentido, al revisar el Reglamento Interno de Trabajo visible en el archivo 20.2, se observa que tampoco en dicho documento - vinculante para las partes - se estableció procedimiento alguno a agotar previo al despido, razón por la que frente al punto debe decirse que el empleador no estaba obligado a seguir un trámite específico o concreto y, por ello, no puede predicarse la violación del derecho al debido proceso, por cuanto en los reglamentos que ataron a las partes no se previó expresamente un procedimiento para despedir.

Tampoco se avizoran razones para declarar nulo el despido efectuado al demandante, pues aunado a que el empleador no estaba regido por un procedimiento, el artículo 60 del R.I.T. únicamente establece que antes de aplicar una sanción disciplinaria se debía oír al trabajador inculcado y que se puede solicitar por parte del trabajador que se oiga a dos compañeros si este lo solicita; lo que no se observa que se hubiere incumplido, pues según el audio del archivo 03 se escuchó al trabajador en

descargos y no se avizora que este hubiere solicitado que se escuchara a dos compañeros más.

Conforme lo anterior, debe seguidamente analizarse si la decisión de finalizar el vínculo laboral de forma unilateral se llevó a cabo con base en una **justa causa**.

Al respecto se tiene que, en diligencia de descargos del 11 de marzo de 2019 (archivo 03), el demandante reconoció frente a los hechos del 20 de febrero de 2019 que sí era obligación luego de una venta, entregar su facturación; que no hizo la facturación por la demora de este proceso y estaba en un vuelo en donde no se podía vender pues estaban con la luz de encendido del cinturón e iban en descenso; que accedió a la venta porque el señor Juan Felipe Cadena le insistió dijo que tenía hambre, y él conocía que este era empleado de LATAM; que conoce que la DIAN no permite vender sin factura; que le dijo al señor Cadena que accedía a la venta pero que debía tener sencillo para el pago, no obstante, le entregó \$16.000, cuando la venta era de \$15.000; que le entregó el dinero a Leidy Fonseca, con quien hizo el cierre final, y en donde entregó el correspondiente inventario, señalando que todo cuadraba; y que frente a los hechos del 14 de enero de 2019, señala que tuvo que haber registrado las ventas.

De otro lado, de las declaraciones rendidas al interior del proceso, se concluye que el sistema de ventas vpos tiene todas las herramientas para las ventas abordo y para especificar si la transacción es en efectivo o en tarjeta, la cantidad de ventas, número de silla, y sincronización con otros dispositivos o con la impresora; que una vez se imprime, el vpos da la opción de tener una copia de la factura; que si algo se pagó en efectivo se debe entregar vueltas con factura; que en el manual está establecido que todos los dispositivos debían estar sincronizados con la impresora para tener acceso a la misma, lo que hacían mucho énfasis en los boletines y diálogos mensuales por temas de la DIAN; que los Jefes de Servicio A Bordo eran los encargados de supervisar las ventas y verificar el cierre al finalizar el día; que

el Jefe de Servicios A Bordo puede vender productos a los pasajeros, y es su obligación inventariar los productos frescos; que habían fallas en el vpos, pero estas debían ser notificadas para arreglarlos o reemplazarlos; que si el dispositivo no funcionaba, se contaba con los dispositivos de sus compañeros, y si ninguno marchaba no se podía realizar la venta; que el cash box es una caja que contiene el cash bag, que es una bolsa plástica de seguridad que debía contener el cierre de las ventas, el efectivo y los recibos de las ventas con tarjeta de crédito; que el Jefe de Servicio A Bordo era el encargado de este elemento; que era mandatorio tener el dinero que daba la compañía para dar cambio, si no se tenía dinero para entregar el cambio no se podía realizar la venta; que el jefe no puede delegar el cierre del cash box, pues siempre se debe estar presente porque el procedimiento exige firma y nombre sobre la bolsa de seguridad donde iba el cash box; que el Jefe de Servicio A Bordo tiene que garantizar que lo que está en el vpos coincide con el efectivo o con los recibos porque así mismo va su firma en la bolsa de seguridad; que todos los tripulantes tuvieron capacitación teórica y práctica antes de iniciar con mercado LATAM; que la capacitación fue como en 2017, y en ella hicieron simulaciones; y que el actor también asistía a las jornadas mensuales de retroalimentación.

Tales testigos fueron analizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, y se consideran fehacientes y verídicos, como quiera que son coincidentes con la documental, pues ciertamente en los archivos 14 y 15 de la contestación obrante a folio 08 se observa capacitación de ventas a bordo en la que el actor participó. En igual sentido, a folio 14.1 se allegó Manual Del Relator Servicio A Bordo que se entregó con la capacitación, y en la que se evidencian los ejercicios y/o simulaciones que se hicieron para efectuar la venta de productos a bordo, así como que previo al inicio de cualquier vuelo se debe verificar los dispositivos vpos, y luego, verificar el inventario y en caso de que no cuadre, avisar, asimismo, se hace alusión a que el cash bag

está a cargo del Jefe de Servicios A Bordo y que este debe supervisar el cierre.

De igual manera, son coincidentes con el demandante en diligencia de descargos en cuanto a la obligación de entregar factura al pasajero.

En lo atinente al testimonio de Daniel Ricardo Villaneda, sea lo primero resaltar que este no acompañó al actor en el año 2019 que fue cuando se presentaron las irregularidades que se le endilgaron, pero que en todo caso, señaló elementos que permiten determinar que en efecto el proceder del actor con las ventas a bordo tuvo anomalías, pues señaló que se debía registrar lo que se vendía; que cada tripulante tenía una base como de \$60.000 o \$50.000 que les consignaban para dar vueltas; que estaba la máquina que imprimía el recibo, y una vez entregado el producto se imprimía automáticamente; que el Jefe de Servicio A Bordo siempre hacía la supervisión y cerraba el sobre; que el proceso de capacitación se hizo de manera virtual y con manual; que las fallas que se presentaban en el vpos se debían notificar al Jefe de Servicio A Bordo; y que cuando salía la colilla de la venta, se la daba al pasajero.

En suma, a folios 116 a 118 del archivo 01 se evidencia que en investigación realizada por el proveedor *Retail In Motion* para el día 14 de enero de 2019, se logró determinar un faltante de productos por valor de \$49.000.

Por tanto, se encuentra acreditada la causa de terminación del contrato de trabajo, pues al aceptar el actor en diligencia de descargos que no registró la venta del 20 de febrero de 2019, que no entregó facturación, y verse que dicho comportamiento no se presentó sólo ese día, sino que también se evidenció en la investigación efectuada por la empresa a través del proveedor *Retail In Motion*, durante el día 14 de enero de 2019, en donde también se logró determinar que el actor efectuaba ventas sin realizar el debido registro de sus productos, la Sala evidencia el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00076 -01
Demandante: NOEL ANTONIO ARDILA MARTÍNEZ.
Demandado: AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A.

incumplimiento grave de las obligaciones contractuales y concretamente las consagradas en el numeral 6° del artículo 62, subrogado por el D.L 2352/65, art, 7°.

Finalmente, habrá de advertirse que la terminación el contrato de trabajo del actor no va en contravía del principio de inmediatez, puesto que entre el conocimiento de la falta denunciada por el señor Juan Felipe Cadena, 27 de febrero de 2019 (fl. 115 del archivo 01) y el despido, 15 de marzo de 2019, transcurrieron apenas 18 días, por lo que, se efectuó la terminación del contrato de trabajo del actor en un tiempo más que razonable; no se contabiliza desde el 14 de enero de 2019, pues la solicitud de investigación al proveedor Retail In Motion en la que se verificó la ocurrencia de la falta de registro de ventas en el vuelo de tal calenda, fue consecuencia de la denuncia presentada el 27 de febrero de 2019. (ver sentencia SL18110-2016 reiterada en la SL3108-2019).

Por lo brevemente expuesto, la sentencia se CONFIRMARÁ en su integridad.

VII.COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2020-00076 -01
Demandante: NOEL ANTONIO ARDILA MARTÍNEZ.
Demandado: AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A.

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

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte demandante.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS ERNESTO URQUIJO** promovió contra **MAYILENE ORTEGA ARENAS y WILLIAM ERNESTO PIÑEROS.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 10 de octubre de 2016 al 20 de enero de 2020 con MAYILENE ORTEGA ARENAS; que el señor WILLIAM ERNESTO PIÑEROS debe responder solidariamente de las condenas que se impongan; y que su contrato terminó unilateralmente y sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita subsidio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa,

aportes a seguridad social en salud y pensión, intereses moratorios, sanción por no consignación de las cesantías, e indemnización moratoria.

Como fundamento relevante de sus pretensiones argumentó que: **1)** Prestó sus servicios como Cortador de Carnes y Oficios Varios a favor de la señora MAYILENE ORTEGA ARENAS en el establecimiento de comercio Frigo Cárnicos Villamaría Expres, a partir del 10 de octubre de 2016; **2)** Los demandados son compañeros permanentes; **3)** Cumplía horario de trabajo de lunes a viernes de 8:00 A.M. a 9:00 P.M., y sábados, domingos, y festivos de 7:00 A.M. a 8:00 P.M., con un día de descanso a la semana; **4)** Siempre estuvo subordinado, atendía órdenes de los demandados, y debía solicitar permiso en caso de ausentarse; **5)** Devengaba \$1'493.332 anuales, dividido en pagos semanales de \$373.333; **6)** Fue afiliado a seguridad social en salud a través de una empresa ajena al establecimiento de comercio; **7)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende, así como tampoco le fueron efectuados aportes a pensión; **8)** El 20 de enero de 2020 le dieron por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa; y **9)** Los demandados certificaron que el actor estuvo mediante contrato de prestación de servicios.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Los **demandados** (fls. 2 a 13 del archivo 05), se opusieron a las pretensiones de la demanda. No propusieron excepciones de mérito.

Se aceptó la prestación de servicios del actor como Cortador de Carnes del 10 de octubre de 2016 al 20 de enero de 2020, que los demandados son compañeros permanentes, y que no se pagaron prestaciones sociales ni aportes a pensión. No aceptaron los demás hechos.

En su defensa indicaron que entre las partes lo que se presentó fue un contrato de prestación de servicios; que el actor no cumplía ningún tipo de horario de trabajo ni era objeto de subordinación; que la duración del contrato la determinaron las partes; y que los demandados tienen a su cargo una microempresa, siendo los ingresos de esta, apenas los necesarios para subsistir.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de providencia del 20 de abril de 2022, mediante la cual dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre MAYILENE ORTEGA ARENAS como propietaria del establecimiento de comercio Frigocarnicos Villamaría Expres y LUIS ERNESTO ESCOBAR URQUIJO existió una relación laboral entre el 10 de octubre del 2016 y el 20 de enero del 2020.

SEGUNDO: CONDENAR a MAYILENE ORTEGA ARENAS como propietaria del establecimiento de comercio Frigocarnicos Villamaría Expres a pagar a favor de LUIS ERNESTO ESCOBAR URQUIJO, las siguientes cantidades:

1. Por concepto de AUXILIO DE TRANSPORTE, \$2.291.485,33
2. Por concepto de CESANTÍAS, \$4.894.810,44
3. Por concepto de INTERESES A LAS CESANTÍAS, \$547.001,98
4. Por concepto de PRIMA DE SERVICIOS, \$4.894.810,44
5. Por concepto de VACACIONES, \$2.447.405,22
6. Por concepto de sanción por no pago de los intereses de las cesantías, \$547.001,98.

TERCERO: CONDENAR a MAYILENE ORTEGA ARENAS como propietaria del establecimiento de comercio Frigocarnicos Villamaría Expres a pagar a la administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliado el demandante, el monto determinado por esta, correspondiente al cálculo actuarial por los aportes pensionales de LUIS ERNESTO ESCOBAR URQUIJO por los periodos comprendidos entre el 10 de octubre del 2016 al 20 de enero del 2020 con un ingreso base de cotización de \$1.493.332.

CUARTO: CONDENAR a MAYILENE ORTEGA ARENAS como propietaria del establecimiento de comercio Frigocarnicos Villamaría Expres, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, a pagar todas las sumas adeudadas al trabajador, debidamente indexadas.

QUINTO: ABSOLVER a WILLIAM ERNESTO PIÑEROS GÓMEZ de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra conforme a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: ABSOLVER a MAYILENE ORTEGA ARENAS como propietaria del establecimiento de comercio Frigocarnicos Villamaria Expres de las demás pretensiones invocadas en su contra.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a MAYILENE ORTEGA ARENAS como propietaria del establecimiento de comercio Frigocarnicos Villamaria Expres. Por secretaria liquídense las costas incluyendo como agencias en derecho la suma de \$300.000.

En síntesis, refirió el A Quo estar acreditado que el actor prestó servicios a favor de MAYILENE ORTEGA ARENAS mediante un contrato de prestación de servicios que tuvo vigencia del 10 de octubre del 2016 y el 20 de enero del 2020; que no se desvirtuó el elemento de la subordinación, por cuanto no está acreditado que el actor laborara de manera autónoma, y que la labor ejecutada por el actor como cortador de carne, es propia de una labor subordinada; que no se demostró que la prestación del servicio fuese a favor de WILLIAM ERNESTO PIÑEROS GÓMEZ, pues las labores se prestaron el establecimiento de comercio de propiedad de MAYILENE ORTEGA ARENAS, y según los testigos es un mero representante del empleador; que el salario a tener en cuenta es la suma de \$1'493.332 según se estipuló en el contrato de prestación de servicios; por lo que consecuentemente había lugar al reconocimiento de todas las prestaciones sociales vacaciones, auxilio de transporte y aportes a pensión; condenó a la sanción por no pago de intereses a las cesantías, como quiera que no se demostró el reconocimiento de tal rubro; que no hay prueba de la que se pueda establecer el hecho del despido, para que haya lugar a indemnización por despido sin justa causa; y que no es dable imponer sanción por no consignación de las cesantías ni indemnización moratoria, ya que no se observa que MAYILENE ORTEGA ARENAS actuara de mala fe, pues actuó con la convicción profunda de que su actuar estaba avalado por la ley.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** señala que se debe reconocer las sanciones moratorias, pues si bien se refiere a la buena o mala fe, hay motivos suficientes para considerar que no se obró de buena fe,

dado que se contrató bajo contrato de prestación de servicios, no se tenía ese íntimo convencimiento, se rebajó incluso el salario del actor.

Por su parte, **MAYILENE ORTEGA ARENAS** manifestó su inconformidad frente a la condena al auxilio de transporte, pues siempre se daban unas sumas como compensación de tal valor; y que la presunción del artículo 24 del C.P.T. y de la S.S. admite prueba en contrario, como lo es que consensualmente se decidió entre las partes celebrar un contrato de prestación de servicios.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado para alegar, el que fue utilizado por la parte demandante para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si entre el demandante y MAYILENE ORTEGA ARENAS existió un contrato de trabajo; si es dable reconocer auxilio de transporte; y si hay lugar al reconocimiento de sanciones moratorias.

Del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y el contrato de trabajo.

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

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

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo¹.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción,

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

sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

“[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia”.

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

Del caso en concreto.

No es objeto de controversia o, está acreditado en el proceso, la celebración de un contrato de prestación de servicios entre el demandante y MAYILENE ORTEGA ARENAS, que perduró del 10 de octubre de 2016 al 20 de enero de 2020, para desempeñar el

cargo de Cortador de Carnes y Vendedor (fl.19 del archivo 01 y archivo 23).

Adicional a la prueba documental obrante a folios 15 a 21 del archivo 01, 20 a 34 del archivo 02, y archivo 23 se recibió la **testimonial** de Isabel Cristina Álvarez y Juan José Vélez Álvarez, quienes manifestaron lo siguiente:

Isabel Cristina Álvarez, dijo ser inquilina de los demandados; que conoce al demandante porque pedía domicilios al establecimiento Frigocárnico Villamaría Expres, y era el actor quien tomaba la orden por teléfono y hacía despachos con el mensajero; que en el establecimiento despachaban pedidos tres personas, WILLIAM ERNESTO PIÑEROS, el demandante y el cajero; que el demandante tenía contrato de prestación de servicios; que el demandante le dijo que en noviembre quería renunciar porque se sentía aburrido, que se había conseguido algo, y que se iba a las fiestas del pueblo y no quería regresar; que el actor ganaba \$1'600.000 o \$1'400.000; que el actor llegaba a trabajar en las mañanas, pero a veces se volaba para ir a jugar, o lo encontraba afuera tomando tinto; que no todos los días iba al establecimiento, pero la mayoría de tiempo vio al demandante; que el demandante no se dejaba dar órdenes de sus jefes, decía que era una persona libre, que se sentía aburrido y que quería irse de allí; que eran frecuentes las salidas del demandante; que su residencia actual queda cerca del establecimiento, a media cuadra; que el año de la renuncia del actor fue en 2019, esa vez el actor citó a los demandados en la panadería y ahí les comentó de su renuncia; y que lo anterior, el demandante se lo dijo.

Por su parte, **Juan José Vélez Álvarez** expuso ser hijo de Isabel Cristina Álvarez; que trabajó en el establecimiento Frigocárnico Villamaría Expres medio tiempo, entre 2018 y 2021; que conoció al demandante en el establecimiento; que el actor contaba con contrato de prestación de servicios; que la jornada del demandante era de 8:00 A.M. a 9:00 P.M., pero tenía sus días

de descanso; que el trabajo es muy autónomo en el establecimiento, cuando los contrataban les indicaban que tenían que hacer, pero no les impartían órdenes; que todos los que realizan actividades laborales con el establecimiento lo hacen bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios; que trabajan tres personas en el establecimiento, WILLIAM ERNESTO PIÑEROS, el demandante y el cajero; que el demandante es trabajador, pero cuando tenía problemas personales, lo mezclaba con el trabajo, y se desquitaba con los compañeros de trabajo y los clientes; que veía el demandante en la semana seis veces; que el actor arreglaba neveras, despachaba pedidos y clientes; que se percató de manera directa de las ausencias que tenía el demandante, las que tuvo que cubrir una que otra vez; que todos elementos utilizados en el establecimiento pertenecían a los demandados; y que el demandante no tenía llaves del establecimiento.

Pues bien. Sea lo primero indicar que no existe duda que la accionante presentó sus servicios del 10 de octubre de 2016 al 20 de enero de 2020 para desempeñar funciones de Cortador de Carnes y Vendedor, por lo que, le correspondía a la demandada desvirtuar el elemento de la subordinación.

Al punto, encuentra la Sala que no obra prueba contundente y que permita desvirtuar el elemento de la subordinación típico de los contratos de trabajo, pues si bien los testigos señalan que el actor estaba bajo contrato de prestación de servicios así como que este se ausentaba para salir a tomar tinto y/o fumar, también señalaron que el actor ejecutaba sus funciones en el establecimiento de forma permanente, que iba seis días a la semana, que se encontraba la mayoría del día, que cumplía un horario de 8:00 A.M. a 9:00 P.M, y que los elementos utilizados por el actor en el establecimiento pertenecían a los demandados; por demás que en interrogatorio de parte el señor WILLIAM ERNESTO PIÑEROS señaló que, las herramientas que usaba el actor para desempeñar su labor eran del establecimiento de

comercio, que le reclamaba al accionante sobre sus ausencias pues a veces demoraba como media hora y se atrasaban en sus labores, lo que generaba que tenía que hacer aseo muy tarde, y que el demandante cuando tenía que cumplir otra actividad pedía permiso.

De esta manera, la Sala no encuentra elementos probatorios suficientes para considerar que se logró desvirtuar el elemento de la subordinación, por el contrario, quedó desvirtuado que el actor tuviese autocontrol en su actividad, por demás que no ejerció una actividad liberal sino una propia del acatamiento de órdenes al no ser calificada, por lo que se procederá a estudiar si hay lugar al auxilio de transporte, sanción moratoria, y la sanción por no consignación de las cesantías.

Frente al auxilio de transporte, subsidio que se reconoce a los trabajadores que tienen un sueldo de hasta dos salarios mínimos mensuales ha dicho el órgano de cierre de esta jurisdicción concretamente frente a su naturaleza y su procedencia, lo siguiente²:

“En cuanto al auxilio de transporte, esta Sala en sentencia CSJ SL 1950, 1.º jul. 1988, GJ CX CIV, n.º 2433, pág. 7-19, señaló que:

La Ley 15 de 1959, artículo 2º, estableció a cargo de los patronos el denominado auxilio de transporte que explicó como la obligación de pagar al trabajador que reúna los requisitos previstos, el transporte “...desde el sector de su residencia hasta el sitio de su trabajo...”

Se desprende de lo anterior como lógica consecuencia y sin que sea indispensable acudir a los varios decretos reglamentarios cuya vigencia se discute, que no hay lugar al auxilio si el empleado no lo necesita realmente, como por ejemplo cuando reside en el mismo sitio de trabajo o cuando el traslado de éste (sic) no le implica ningún costo ni mayor esfuerzo o cuando es de aquellos servidores que no están obligados a trasladarse a una determinada sede patronal para cumplir cabalmente sus funciones.

[...]De consiguiente, es claro que el Tribunal no incurrió en la aplicación indebida por vía directa que le atribuyó el censor, dado que el auxilio referido se genera en favor de los

² SL2169-2019

trabajadores que devenguen hasta 2 veces el salario mínimo, pero sólo en principio, pues por excepción puede ocurrir que el trabajador no lo requiera y si el sentenciador en el caso examinado concluyó que ello era así resultaba improcedente reconocerlo”.

En el caso concreto, aparece demostrado que el accionante no devengaba más de dos salarios mínimos, sin que se hubiera logrado acreditar que no requería el auxilio de transporte; aunado a ello, no se avizora que hubiera confesado el demandante que dentro del dinero que le pagaban diariamente, se encontrara incluido el auxilio de transporte, por lo que, en tales condiciones, resulta procedente su pago.

En cuanto a las sanciones moratorias, en reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a las **sanciones moratorias**, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato o la falta de consignación de la cesantía estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido la consignación de la cesantía, el pago, total o parcial, a la terminación del contrato de trabajo, de los salarios y prestaciones debidos al trabajador; pues, se ha insistido que es necesario, en cada caso, el juez entre a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJ SL12854-2016 y SL1005-2021).

Sentados lo anteriores derroteros, se procede a verificar la conducta de la empleadora, encontrando que en el transcurso de la relación laboral está siempre obró con la convicción de estar frente a un contrato de prestación de servicios; en efecto, en el plenario se acreditó que el accionante era quien asumía su seguridad social; en igual sentido, de los testigos comparecientes Isabel Cristina Álvarez y Juan José Vélez Álvarez no se logró determinar fehacientemente el elemento de la subordinación, pues no obran pruebas de las que se logre determinar certeramente que el actor estaba sometidos a órdenes, y que fuera objeto del poder disciplinario de su empleador, pues como se ha dicho a lo largo de la providencia, la condena no se impone porque exista certeza que el ánimo del empleador fuera ocultar la existencia de un vínculo laboral, sino porque la actividad probatoria desarrollada por la demandada no permiten establecer que se desvirtuó el elemento de la subordinación.

En ese orden de ideas, y dado que lo que se avizora en juicio es que la conducta del empleador estuvo orientada por la convicción de que lo que existió entre las partes fue un contrato de prestación de servicios, se considera acertada la decisión del A Quo, y en consecuencia se confirmará

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00472-01
Demandante: CARLOS OMAR PARRA PÉREZ.
Demandado: CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **CARLOS OMAR PARRA PÉREZ** promovió contra **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora solicita la declaratoria de un contrato de trabajo del 21 de marzo de 2018 al 12 de agosto de 2019. Como consecuencia de lo anterior, solicita cesantías, intereses a las cesantías, calzado y vestido, vacaciones, prima de servicios, sanción por no pago de intereses a las cesantías, indemnización moratoria, o en subsidio, indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** Se vinculó al servicio de la demandada el 21 de marzo de 2018 mediante contrato de trabajo a término indefinido para ejercer el cargo de Auxiliar de Call Center; **2)** Desarrolló sus labores en las instalaciones de la demandada, y sus funciones fueron de asignación, modificación y cancelación de citas médicas; **3)** Le pagaban la suma de \$1'094.610, pero no le pagaron sus últimos dos salarios; **4)** Nunca le pagaron las acreencias laborales que pretende, así como tampoco le fue otorgado calzado y vestido de labor; **5)** Prestó sus servicios de lunes a viernes de 7:00 A.M. a 5:00 P.M., y un sábado cada 15 días, de 7:00 A.M. a 1:00 P.M.; y **6)** El 13 de agosto de 2019 presentó carta de renuncia, argumentando la falta de pago de sus dos últimos salarios, prestaciones sociales, y seguridad social.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. (archivo 17), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó buena fe como exonerante del pago de sanciones moratorias, liquidación del CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A., y la nominada (sic) o genérica.

Aceptó los hechos relativos a la existencia del contrato de trabajo, sus extremos, el cargo y funciones desempeñadas por el actor el salario pactado, el cumplimiento del horario en las horas establecidas en la demanda y que el 13 de agosto de 2019 el actor presentó carta de renuncia. No aceptó los demás hechos.

En su defensa indicó, que nunca desconoció el deber de cumplir con sus obligaciones laborales derivadas del contrato laboral; que se vio en la obligación de redimensionar el tamaño y el alcance de su operación en atención a la terminación de algunos de los contratos a través de los cuales ejecutó la atención en salud de la población afiliada a distintas E.P.S., y la consecuente disminución de pacientes que le serían remitidos en

atención a los contratos que ejecutaba, lo que conllevó a que el flujo del recurso económico se viera mermado, y la facturación que no ha sido cancelada por parte de las E.P.S. a las cuales prestó sus servicios, se viera incluida dentro de un proceso de conciliación de cartera con la dilación en los pagos que dicho trámite representa; que lo anterior, ha generado traumatismos en el pago de obligaciones de algunas acreencias legales y contractuales que han venido siendo objeto de pago total o parcial en la medida que le ha sido posible a la entidad; y que pagó las acreencias laborales del actor en un plazo prudencial.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 28 de marzo de 2022, dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 21 de marzo de 2018 y el 12 de agosto de 2019.

SEGUNDO. - CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar al demandante las siguientes sumas por los siguientes conceptos:

- Cesantías, \$1'588.655.
- Intereses a las cesantías, \$49.500.
- Sanción por no pago de intereses a las cesantías, \$49.500
- Prima de servicios, \$1'263.380
- Vacaciones, \$214.361
- Sanción moratoria, \$7'333.887.
- Sanción por no consignación de las cesantías, \$6'458.199.

TERCERO. - ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en la presente acción, específicamente la correspondiente a la condena por dotación, en estos términos declarar demostradas las excepciones de cobro de lo no debido, e inexistencia de la obligación.

CUARTO. - CONDENAR en costas a la parte demandada, para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo, lo correspondiente a 3 SMLMV para el año 2022 y a favor de la parte actora.

En síntesis, el A quo refirió que no existió controversia de la existencia de la relación laboral entre el 21 de marzo de 2018 y el 12 de agosto de 2019; que una certificación elaborada por el mismo empleador no es un mecanismo probatorio que permita establecer el pago de las acreencias laborales pretendidas, pues

este no puede constituir su propia prueba; que en interrogatorio de parte se aceptó el pago de intereses a las cesantías de 2018, primas de servicios del primer semestre de 2018, de modo que, se deben pagar las acreencias laborales restantes; que no es dable el reconocimiento de calzado y vestido de labor, pues no se demostró los perjuicios por la falta de entrega de estos; que hay lugar a sanciones moratorias, pues no se observa que el empleador tuviera el ánimo de pagar las prestaciones sociales adeudadas, no obstante, la indemnización moratoria sólo es dable extenderla hasta el momento en que inició la liquidación de la empresa; y que la mora por no consignación de las cesantías de 2018 inició el 15 de febrero de 2019 y finalizó junto con la relación laboral, esto es, el 12 de agosto de 2019.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte demandada** adujo, que no hay lugar a sanciones moratorias, pues estas son producto de una situación financiera catastrófica para la compañía; y que al presumirse que la empresa obró de buena fe, debió ser probada la mala fe, no obstante, no se acreditó, y por el contrario según interrogatorio de parte del actor, desde 2019 se presentaban de problemas financieros, del estado inconstitucional de las cosas en el sector salud, la falta de pago de las E.P.S.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la

competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que se circunscribe a determinar, si hay lugar al reconocimiento y pago de las sanciones moratorias.

De las sanciones moratorias.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a las sanciones consagradas en el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T., la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer la procedencia de las **sanciones moratorias** es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato o la falta de consignación de la cesantía estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido la consignación de la cesantía, el pago, total o parcial, a la terminación del contrato de trabajo, de los salarios y prestaciones debidos al trabajador; pues, se ha insistido que es necesario, en cada caso, el juez entre a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJ SL12854-2016 y SL1005-2021).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00472-01
Demandante: CARLOS OMAR PARRA PÉREZ.
Demandado: CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.

De igual forma, debe resaltarse que la anterior excepción en modo alguno presupone la existencia de una presunción de mala fe, puesto que de las normas que gobiernan las sanciones moratorias no es dable extraer una presunción de tal naturaleza. Así lo tiene dicho la Sala de Casación Laboral en sentencia del 21 de septiembre de 2010, rad. 32416, reiterada en la SL194-2019, y SL2465-2020, en la que se adoctrinó:

“Por lo demás, cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política.

Finalmente, habrá de decirse que la iliquidez de una empresa no es excluyente del pago de las obligaciones salariales y prestacionales a cargo del empleador, ciertamente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 enero de 2012, rad. 37288, refirió sobre el tópico:

“Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una

situación excepcional, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333).”.

No obstante, habrá de decirse que si bien la situación económica de una empresa no es óbice para que se sustraiga del pago de las obligaciones salariales y prestacionales a su cargo, una vez la empresa entra en estado de liquidación el extremo final que se debe tener en cuenta para imponer tal sanción es la del día anterior en que la empresa entra en liquidación judicial. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 24 de agosto de 2010, rad. 38189, SL2833-2017, SL1186-2019, SL1885-2021, y SL2493-2021, estableció:

“En lo que atañe a la moratoria del artículo 65 del CST, causada por los salarios y prestaciones adeudados a la terminación del contrato, esto es el 6 de septiembre de 2010, corresponde decir que, dado el estado de liquidación judicial por el que atraviesa la demandada a partir del 7 de septiembre siguiente, conocido plenamente dentro del plenario, aplica el precedente de esta Corte contenido en la sentencia CSJ del 10 de oct. de 2003, No. 20764, en el sentido de que no se da la mala, frente al incumplimiento de las empresas en liquidación y, por tanto, no procede la condena por este concepto, a saber:

Frente a la anterior situación, debe decirse que de imponerle la indemnización moratoria a un empleador que se encuentra en esas condiciones, es decir en liquidación obligatoria, no tendría razón de ser la expedición de las leyes especiales que permiten la intervención Estatal en las empresas, las cuales están destinadas a proteger no solo el capital y la inversión económica, sino también los intereses de los asalariados y por ende el derecho Constitucional al empleo consagrado en el artículo 25 del Ordenamiento Superior, que se orienta a que un agente estatal dirija los destinos de la unidad de explotación económica y pretenda ya la recuperación económica, ora la liquidación de la sociedad, todo, contra la voluntad del empleador y empresario, sin que pueda quedar al libre albedrío del promotor del acuerdo o del liquidador, hacer un uso inadecuado de los recursos destinados, a conservar el equilibrio de la compañía como persona

moral y la igualdad entre los acreedores, según la filosofía propia de la liquidación forzada regulada en la Ley.

Finalmente, no puede deducirse que una empleadora que fue llamada a liquidación forzada como la sociedad demandada, tuviera interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes, como para entrar a darle viabilidad al Art. 65 del C. S. del T., que como lo ha sostenido esta Sala, no es de aplicación automática.

Por lo anterior, se casará la sentencia en lo que corresponde a esta condena

(...) Así las cosas, procede la condena de un día de salario equivalente a \$240.000, por cada día de mora en el cumplimiento de la respectiva consignación de las cesantías, desde el 15 de febrero de 2010; pero lo será hasta el 6 de septiembre de 2010, dado que la entidad entró en liquidación judicial al día siguiente, conforme a lo expuesto en sede de casación. En consecuencia, revocará la absolución y se condenará al pago de \$48.240.000 por este concepto”.

DEL CASO EN CONCRETO.

No existe controversia o está acreditado en juicio lo relativo a los hechos relativos a la existencia del contrato de trabajo, sus extremos, el cargo y funciones desempeñadas por el actor el salario pactado, el cumplimiento del horario en las horas establecidas en la demanda y que el 13 de agosto de 2019 el actor presentó carta de renuncia con efectos a partir del 12 de agosto de 2019 (fl.22 del archivo 1); y **iii)** El nombramiento del liquidador el 04 de marzo de 2020 (archivo 22).

Pues bien, evaluada la prueba arrimada al expediente, en el asunto se tiene que el CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. fue condenada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, y prima de servicios, sin que se encuentre que el actuar de la empresa demandada estuviera provisto de buena fe, al estimar el A Quo que no existe prueba de la que se pueda determinar que el empleador tuvo la intención de pagar la totalidad de sus acreencias laborales a su cargo.

Frente a lo anterior, debe precisarse que el único documento que da cuenta de los pagos que pudo efectuar el empleador, es el obrante en el archivo 21, denominado “estado de cuenta entre

01/01/2016 y 31/12/2021”, sin embargo dicho documento fue elaborado por el mismo empleador, por lo que, en tal sentido no resulta lo suficientemente fehaciente para establecer el pago de acreencias laborales, así el liquidador al rendir interrogatorio de parte lo hubiera tenido como fundamento para señalar el pago de las diversas acreencias laborales, pues no cuenta con un soporte que dé cuenta que lo que allí se consigna realmente se reconoció al trabajador; recuérdese que nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020 y que a su vez el art. 225 del C.G.P, establece el indicio de no pago, cuando no se aporta la prueba documental del pago, es decir de la puesta a favor del patrimonio del acreedor de la suma de dinero debida.

Así las cosas, estima esta Sala que hay lugar a las sanciones moratorias, no resultando justificable para acreditar la buena fe en la omisión del pago de las acreencias laborales, la situación financiera de la demandada, pues como quedó visto, en sentencia del 24 enero de 2012, rad. 37288, el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, que frecuentemente acontecen por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, por lo que, no es dable imputar al trabajador tales circunstancias, y por ende, era el empleador el llamado en buscar las herramientas más adecuadas para salvaguardar los intereses de sus trabajadores en procura de no vulnerar su mínimo vital ni sus derechos fundamentales.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII.COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00472-01
Demandante: CARLOS OMAR PARRA PÉREZ.
Demandado: CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

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

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00472-01

Demandante: CARLOS OMAR PARRA PÉREZ.

Demandado: CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de la parte demandada.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00078 -01.
Demandante: IVÁN WENCESLAO TOVAR SILVA.
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., Treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el 22 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **IVÁN WENCESLAO TOVAR SILVA** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó a PROTECCIÓN S.A., y que siempre estuvo afiliado al régimen de prima media. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PROTECCIÓN S.A. traslade a COLPENSIONES el monto total existente en la cuenta de ahorro individual del actor, rendimientos, intereses y frutos, así como los gastos administración y demás rubros causados.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

PROTECCIÓN S.A. (archivo 06), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las 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 A.F.P: 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 para devolver la prima de 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.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 09), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la A.F.P. ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; aplicación de la sentencia SL373-2021; y la innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La A Quo dictó sentencia condenatoria el 22 de marzo de 2022, declarando la ineficacia de la afiliación del señor actor a través de la A.F.P. COLMENA hoy PROTECCION S.A. el 25 de noviembre de 1998, y que para todos los efectos legales el actor nunca se vinculó al R.A.I.S., contrario a ello, siempre estuvo en el régimen de prima media con prestación definida; ordenando a PROTECCION S.A. trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación actor como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con lo deducido por concepto de gastos de administración; y que COLPENSIONES debe recibir al actor como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe trasladar PROTECCIÓN S.A. No condenó en costas.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

La **parte actora** manifestó que se debió condenar en costas a las demandadas, pues se deben imponer a la parte vencida en juicio, el accionante fue el que tuvo que promover demanda para que se le reconocieran sus derechos en juicio y las pretensiones fueron favorables.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** adujo frente a los gastos de administración que ha sido el mismo legislador quien facultó a las administradoras de pensiones para efectuar la deducción o cobro de estos rubros por lo servicios y rendimientos que ha generado durante los años; que su gestión generó un incremento importante en el valor de la mesada pensional del actor; que no está demostrado que sus actividades generaron un perjuicio o desmejora al actor; que los efectos de la declaratoria de ineficacia es que se restituyan las cosas a su estado anterior, pero en virtud de las restituciones mutuas se tendría que los frutos que generó el bien administrado los que debe conservar el fondo privado; que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00078 -01.

Demandante: IVÁN WENCESLAO TOVAR SILVA.

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

si nunca debió existir la afiliación, tampoco se debieron generar comisiones y por ende los frutos o rendimientos, de modo que se deben conservar situaciones ya consolidadas; que el manejo de los recursos de las A.F.P. es vigilado por la Superintendencia Financiera, quien señala que únicamente es dable trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, debiéndose respetar los demás valores; que con dicha condena se genera un enriquecimiento sin justa causa, y deberá asumir de su propio patrimonio estos valores; que lo anterior, sería una condena en perjuicios que debe estudiarse conforme a lo normado en la especialidad civil con los elementos propios de esta, por demás que en tal caso la carga de la prueba le correspondería a la parte actora; y que sobre el rubro en estudio opera la prescripción, pues no financia la pensión del accionante.

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que el actor se encontraba inmerso en una prohibición legal de trasladarse, así como tampoco era beneficiario del régimen de transición y no estaba inmerso en las causales de traslado de que trata la SU-062 de 2010; y que se demostró el deber de información con el formulario de afiliación, por demás que del interrogatorio de parte se logra establecer el conocimiento que tenía de los regímenes pensionales.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por COLPENSIONES para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00078 -01.

Demandante: IVÁN WENCESLAO TOVAR SILVA.

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

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

VI. CONSIDERACIONES

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

INEFICACIA DEL TRASLADO.

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

captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00078 -01.
Demandante: IVÁN WENCESLAO TOVAR SILVA.
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

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

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

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

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

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

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

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

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

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

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

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

información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

e) Respetto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso - y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

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

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen

pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviera una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retractor, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Del caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 02 de febrero de 1982 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral visible a folios 78 a 82 del archivo 05; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colmena AIG Cesantías y Pensiones hoy PROTECCIÓN S.A., el 25 de noviembre de 1998 (fl.21 del archivo 06); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 16 de julio de 2020 ante COLPENSIONES, la que fue negada por esta entidad (fls. 75 a 77 del archivo 05).

A folio 21 del archivo 06 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 25 de noviembre de 1998 con Colmena AIG Cesantías y Pensiones hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado toda la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información,

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00078 -01.

Demandante: IVÁN WENCESLAO TOVAR SILVA.

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el demandante en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que sabía que para pensionarse debía cumplir edad y tiempo, y que le señaló el asesor que, su pensión sería equivalente a la del régimen de prima media, que el I.S.S. se iba a acabar, que tendría una cuenta de ahorro individual que generaría rendimientos, y la posibilidad de realizar aportes voluntarios, así como que leyó lo referente al derecho de retracto; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para éste, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor TOVAR SILVA en el traslado que éste realizó el 25 de noviembre de 1998, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, se confirmará la ineficacia de traslado que impuso la juez de primera instancia. y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00078 -01.

Demandante: IVÁN WENCESLAO TOVAR SILVA.

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior en el que se encontraban antes de la celebración del acto cuestionado (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos o intereses, y gastos de administración, también se encuentran las **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**; recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Frente a la **indexación**, recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00078 -01.

Demandante: IVÁN WENCESLAO TOVAR SILVA.

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00078 -01.
Demandante: IVÁN WENCESLAO TOVAR SILVA.
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

Finalmente, frente a las **costas de primera instancia** si bien el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, lo cierto es que COLPENSIONES no hizo parte del acto de traslado, y su negativa de no acceder al traslado se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas a dicha entidad; circunstancia que no aplica para PROTECCIÓN S.A., pues fue la que generó precisamente el acto de traslado del actor. Por tanto, se REVOCARÁ PARCIALMENTE el numeral séptimo de la sentencia, para en su lugar imponer condena en costas a cargo d PROTECCIÓN S.A.

En esta instancia se causaron costas a cargo de PROTECCIÓN S.A. y no se imponen a COLPENSIONES en esta instancia por las mismas razones expuestas en precedencia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos o intereses, y gastos de administración, también se encuentran las **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00078 -01.
Demandante: IVÁN WENCESLAO TOVAR SILVA.
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO. -. **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral séptimo** de la sentencia, en su lugar se CONDENA en costas a cargo de PROTECCIÓN S.A., y a favor del demandante.

TERCERO. -. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

CUARTO. -. Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2021-00078 -01.
Demandante: IVÁN WENCESLAO TOVAR SILVA.
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PROTECCIÓN S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Iván Wenceslao Tovar Silva
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**024-2021-00078-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3b89d6ac4215e70578861f36e0d09a36b8bd05c1a46bd459f3cc6495d1e9272b**

Documento generado en 07/12/2022 02:55:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00179 -01.
Demandante: ÁLVARO JOSÉ PÉREZ PARODI.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el 03 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **ÁLVARO JOSÉ PÉREZ PARODI** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el demandante pretende se declare la nulidad o “ineficacia” de la afiliación que realizó a PORVENIR S.A. Subsidiariamente, solicita el reconocimiento de una pensión de vejez desde el 06 de mayo de 2007, junto con el retroactivo debidamente indexado, seguridad social en salud, y la devolución de los aportes que recibió PORVENIR S.A.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00179 -01.
Demandante: ÁLVARO JOSÉ PÉREZ PARODI.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado, así como que cuenta con 70 años y 33 años, 7 meses, y 12 días de servicios.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

PORVENIR S.A. (archivo 08), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de acción nulidad, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 12), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la A.F.P. ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; falta de legitimación en la causa por pasiva; imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen; inexistencia de intereses moratorios e indexación; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; y la innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 03 de febrero de 2022, declarando la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante a PORVENIR S.A.; condenando a PORVENIR S.A. a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00179 -01.

Demandante: ÁLVARO JOSÉ PÉREZ PARODI.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

devolver o trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración ni por cualquier otro concepto; y declarando que se encuentra afiliado a COLPENSIONES. No condenó en costas.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A. adujo que Colpatria cumplió con el deber de información, pues en la época no se solicitaba dejar constancia escrita de la asesoría; que es con la expedición de normas posteriores que nace dicha obligación; que se deben tener en cuenta los actos de relacionamiento, pues el actor tuvo su voluntad de afiliarse, luego de Colpatria, a Porvenir S.A.; que los gastos de administración se destinan por mandato legal, no es un capricho, son consecuencia del manejo que se realiza de los rendimientos financieros, por demás que también se descuentan a COLPENSIONES; que seguros previsionales son una obligación, y en caso de haberse causado algún siniestro de muerte o invalidez, estaba en la obligación de activarlos a través de la correspondiente aseguradora. .

Por su parte, **COLPENSIONES** señaló que no existen elementos que permiten establecer vicios del consentimiento, así como tampoco está demostrado que el accionante tuviera expectativa legítima de pensión; que el actor no era beneficiario del régimen de transición para poder retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo; que la simple manifestación de inconformidad frente a la mesada pensional, no quiere decir que se está frente a una indebida información al momento del traslado de régimen; y que lo que se verifica es un desinterés del actor, quien por demás estuvo más de 20 años en este régimen.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la parte actora y PORVENIR S.A. para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

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

VI. CONSIDERACIONES

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

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a

partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que

garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

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

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

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

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

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	---	--

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

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

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

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

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

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

corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

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

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

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

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

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

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

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que

se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

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

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

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

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

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

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

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque **la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad**. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por

tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información. (...)" (Negrillas por la Sala).

f) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso - y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto,

desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00179 -01.
Demandante: ÁLVARO JOSÉ PÉREZ PARODI.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Del caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante estaba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de marzo de 1995 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral visible a folios 45 a 48 del archivo 05; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colpatria Fondo de Pensiones hoy PORVENIR S.A., el 03 de agosto de 1998 (fl.54 del archivo 08); **iii)** Se trasladó dentro del R.A.I.S. el 15 de julio de 1999 a PORVENIR S.A. (fl.55 del archivo 08); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 08 de enero de 2015 y el 03 de febrero de 2016 ante PORVENI S.A., y COLPENSIONES, respectivamente, la que fue negada por la última entidad en mención (fls. 34 a 44 del archivo 05).

A folio 54 del archivo 08 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 03 de agosto de 1998 con Colpatria Fondo de Pensiones hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado toda la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el demandante en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00179 -01.

Demandante: ÁLVARO JOSÉ PÉREZ PARODI.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que su traslado se efectuó por cuanto le señalaron que era un mejor régimen pensional y que sería igual que con el Estado; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para éste, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor PÉREZ PARODI en el traslado que éste realizó el 03 de agosto de 1998, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, se confirmará la ineficacia de traslado que impuso el juez de primera instancia. y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior en el que se encontraban antes de la celebración del acto cuestionado (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00179 -01.

Demandante: ÁLVARO JOSÉ PÉREZ PARODI.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

ahorro individual del demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos o intereses, y gastos de administración debidamente indexados, también se encuentran las **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Frente a la **indexación**, recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00179 -01.

Demandante: ÁLVARO JOSÉ PÉREZ PARODI.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. No se imponen costas a COLPENSIONES como quiera que no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el R.A.I.S.; igualmente, su negativa de no acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00179 -01.
Demandante: ÁLVARO JOSÉ PÉREZ PARODI.
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos o intereses, y gastos de administración, también se encuentran las **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente **indexados**.

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

TERCERO. –.Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00179 -01.

Demandante: ÁLVARO JOSÉ PÉREZ PARODI.

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Álvaro José Pérez Parodi
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**023-2021-00179-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5ee28ba4773d13eafd13a9ce9e8623d7d62930ef2b29cad933eb59f1b5983a2d**

Documento generado en 07/12/2022 02:55:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00205 -01
Demandante: JOSÉ ISAAC CAICEDO FORERO.
Demandado: COLPENSIONES.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **JOSÉ ISAAC CAICEDO FORERO** promoviese contra **COLPENSIONES**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del 25 de septiembre de 2011; reliquidación del retroactivo reconocido con sus intereses moratorios. En subsidio, solicita indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta: **1)** Nació el 17 de febrero de 1951; **2)** Cotizó al I.S.S. 1048 semanas; **3)** Solicitó pensión el 24 de mayo de 2011, la que fue negada mediante las Resoluciones GNR 116242 del 30 de mayo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00205 -01
Demandante: JOSÉ ISAAC CAICEDO FORERO.
Demandado: COLPENSIONES.

de 2013, GNR 287330 del 30 de octubre de 2013, GNR 174180 del 19 de mayo de 2014, VPB 17078 del 25 de febrero de 2015, GNR 196181 del 01 de julio de 2015, GNR 294570 del 24 de septiembre de 2015, y VPB 76727 del 31 de diciembre de 2015; **4)** El 09 de noviembre de 2015 solicitó nuevamente pensión de vejez, la que fue reconocida mediante Resolución SUB 269664 del 27 de noviembre de 2017, a partir del 01 de noviembre de 2011, en cuantía de \$1'044.518; y **5)** El 25 de septiembre de 2019 solicitó el pago de intereses moratorios.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (archivo 07), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, inexistencia del derecho al reconocimiento y pago de intereses moratorios sobre intereses e indexación, buena fe, prescripción, compensación, y la innominada o genérica.

Expuso que para lograr el reconocimiento pensional se tuvo que efectuar labores de corrección de historia pensional, así como efectuar la elaboración y esperar el pago de un cálculo actuarial; y que pagó el retroactivo pensional en debida forma.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 08 de marzo de 2022, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, el A Quo refirió que está demostrado que se reconoció una pensión de vejez mediante la Resolución SUB 269664 del 27 de noviembre de 2017, a partir del 01 de noviembre de 2011, con fundamento en el Decreto 758 de 1990; que el retroactivo pagado a la demandante se encuentra ajustado a derecho; que no hay lugar a intereses moratorios, como quiera

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00205 -01
Demandante: JOSÉ ISAAC CAICEDO FORERO.
Demandado: COLPENSIONES.

que el demandante sólo allegó soportes para que se efectuara cálculo actuarial el 09 de noviembre de 2017, es decir, que desde tal momento se allegaron los documentos pertinentes para efectuar el reconocimiento prestacional; y que dado que el 27 de noviembre de 2017 se resolvió la petición, esto es, dentro de los cuatro meses siguientes no hay lugar a intereses de mora.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

La **parte demandante** señala que la actora sí reúne los requisitos para le sean reconocidos intereses moratorios, ya que, las administradoras tienen la función de hacer el cobro de los aportes que se encuentren en mora, no es la persona asegurada quien tiene que hacer tal gestión.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de ambas partes, para reafirmar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios.

De los intereses moratorios.

Conforme las voces del artículo 141 de Ley 100 de 1993, hay lugar a intereses moratorios cuando se incurre en mora en el pago de las mesadas pensionales, los que solo comienzan a causarse a partir del vencimiento del plazo máximo de cuatro meses de que trata el artículo 9° de la Ley 797 del 2003, contados desde la fecha de solicitud de la pensión con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

Del caso en concreto.

En el proceso está acreditado y no es objeto de controversia en la instancia, lo relativo a **i)** La solicitud de pensión de vejez efectuada por el actor el 24 de mayo de 2011, así como la negativa a través de las Resoluciones GNR 116242 del 30 de mayo de 2013, GNR 225954 del 02 de septiembre de 2013, GNR 287330 del 30

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00205 -01
Demandante: JOSÉ ISAAC CAICEDO FORERO.
Demandado: COLPENSIONES.

de octubre de 2013, GNR 174180 del 19 de mayo de 2014, VPB 17078 del 25 de febrero de 2015, GNR 196181 del 01 de julio de 2015, GNR 294570 del 24 de septiembre de 2015, y VPB 76727 del 31 de diciembre de 2015 (fls.14 a 23 del archivo 04); **ii)** La nueva solicitud de pensión de vejez el 09 de noviembre 2017, así como el reconocimiento de dicha prestación a favor del actor mediante la Resolución SUB 269664 del 27 de noviembre de 2017, a partir del 01 de marzo de 2011 (fls.14 a 23 del archivo 04); y **iii)** La solicitud de intereses moratorios el 25 de septiembre de 2019 (fls. 32 a 34 del archivo 04).

Pues bien. Encuentra la Sala que la negativa de Colpensiones de reconocer la pensión de vejez del accionante se fundaba en la falta del cumplimiento del requisito de semanas por parte de este, respecto a lo cual la demandante solicitó el 11 de noviembre de 2017, la incorporación de los tiempos laborados con el empleador Víctor Hugo Benavides Cabezas en la historia laboral del 02 de enero de 1993 al 31 de diciembre de 1994, adjuntándose a tal petición el correspondiente pago del cálculo actuarial, los que fueron computados por la entidad de pensiones y con la que se logró el reconocimiento pensional, por manera que, sólo a partir de tal momento era dable el cómputo de intereses moratorios, pues sólo con dicha solicitud se allegó la documentación que acreditaba el acceso al derecho pensional.

En este punto debe precisarse que con el empleador Víctor Hugo Benavides Cabezas la demandante únicamente laboró del 02 de enero de 1993 al 31 de diciembre de 1994, no hubo una afiliación anterior a tal tiempo, por lo que existía una falta de afiliación de parte de este, caso en el que la entidad estaba imposibilitada de ejercer algún tipo de acción de cobro, pues desconocía la existencia de tal relación laboral, por demás que dichas acciones se predicaban de los tiempos en mora.

Sobre el tópico, resulta pertinente hacer alusión a la disparidad o diferencia entre la **mora** y la **falta de afiliación** por parte de un empleador. Al respecto, la Sala de Casación Laboral

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00205 -01
Demandante: JOSÉ ISAAC CAICEDO FORERO.
Demandado: COLPENSIONES.

de la H. Corte Suprema de Justicia explicó en sentencia SL1078-2021 reiterada en la SL205-2022, en la primera, la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que la segunda, se presenta cuando existen omisiones en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, caso en el que se ha establecido que deben tener como respuesta el reconocimiento del tiempo servido, como tiempo cotizado, por la entidad de seguridad social respectiva, con el correlativo cobro al empleador de los lapsos omitidos, a través de cálculo actuarial.

“Es pertinente reiterar la distinción que viene haciendo esta Sala de que una situación es la mora en la cancelación de los aportes y otra muy distinta es la falta de afiliación al sistema. En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).

En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, **se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente**, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación. (CSJ SL 5058-2020, 3661-2020). Al respecto, también se pueden consultar las siguientes sentencias citadas, en providencia anterior, CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802,”. (Negrillas por la Sala).

De esta manera, en la falta de afiliación u omisión de reporte de ingreso del trabajador por parte de su empleador, si bien no genera la pérdida del derecho a la pensión, solo es dable

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00205 -01
Demandante: JOSÉ ISAAC CAICEDO FORERO.
Demandado: COLPENSIONES.

incluir este tiempo de servicio en los términos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, entre estos, el Decreto 1887 de 1994, a través del **cálculo actuarial** representado por un bono o título pensional; ello como quiera que no es posible atribuirle responsabilidad a la administradora en relación con el cobro de tales aportes, en tanto desconoce el hecho generador de la cotización, lo que no permite que adelante las acciones de cobro contra los empleadores omisos, por cuanto era ajena a la existencia de la relación de trabajo (al respecto se puede consultar las sentencias SL3609-2021, SL3845-2021, SL1506-2021, y SL5058-2020).

En consecuencia, sólo era dable predicar tal y como lo advirtió el A Quo que cuando se allegó la documentación que acreditaba el derecho pensional era dable el reconocimiento de la prestación, lo que ocurrió con la solicitud del 11 de noviembre de 2017; petición a la que se dio respuesta dentro del término de cuatro meses de que trata el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, puesto que el acto administrativo de reconocimiento pensional, esto es, la Resolución SUB 269664 de 2017, data del 27 de noviembre de 2017 (fls.14 a 23 del archivo 04).

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2021-00205 -01
Demandante: JOSÉ ISAAC CAICEDO FORERO.
Demandado: COLPENSIONES.

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **CLAUDIA PATRICIA SANABRIA** promovió contra **A.G.S. COLOMBIA S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 28 de mayo al 23 de octubre de 2019. Como consecuencia de lo anterior, solicita cesantías, sanción moratoria, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, y aportes a seguridad social.

Como fundamento de sus pretensiones argumentó que: **1)** Inició a laborar al servicio de la demandada mediante un contrato

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00295 -01
Demandante: **CLAUDIA PATRICIA SANABRIA.**
Demandado: **A.G.S. COLOMBIA S.A.S.**

de trabajo verbal el 28 de mayo de 2019, para desempeñar el cargo de Digitadora de Facturas; **2)** Devengaba un promedio de \$1'000.000 mensuales; **3)** Prestaba sus servicios mediante teletrabajo, estando bajo continua subordinación y efectuando sus servicios de manera personal; **4)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende; y **5)** Renunció a su trabajo el 23 de octubre de 2019 por la falta de pago de sus salarios.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

La demandada (fls. 5 a 14 del archivo 04), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia presupuestos fácticos y jurídicos que hagan procedente la declaración de un contrato realidad y/o relación laboral, inexistencia de subordinación jurídica, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación, pago, y la genérica.

Aceptó que la relación contractual con la actora se extendió del 28 de mayo al 23 de octubre de 2019. No aceptó los demás hechos.

Indicó que entre las partes lo que se presentó fue un contrato de prestación de servicios, en el que la actora era autónoma e independiente; y que sobre la accionante nunca se ejerció ningún tipo de subordinación.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de providencia del 31 de marzo de 2022, mediante la cual dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 28 de mayo de 2019 hasta el 23 de octubre del mismo año, devengando como salario el SMLMV.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada, a pagar a favor de la actora los siguientes conceptos:

- a) AUXILIO DE CESANTIAS: \$375.199.
- b) INTERESES DE LAS CESANTIAS: \$18.260.
- c) PRIMA DE SERVICIOS: \$375.199.
- d) VACACIONES: \$167.924

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor de la actora los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, consistentes en el pago del monto que se desprenda de aplicar como ingreso base de cotización el SMLMV desde el 28 de mayo del año 2019 hasta el 23 de octubre del mismo año, para lo cual el fondo al cual se encuentre afiliada la demandante deberá realizar el cálculo actuarial, con el fin que la demandada efectúe el pago correspondiente.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor de la actora el valor de la indemnización que contempla el Art. 65 del C.S.T., correspondiente a un día de salario equivalente a \$27.607, a partir del 27 de octubre del año 2019 y hasta que se verifique el pago de las prestaciones sociales.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a dos (2) SMMLV.

En síntesis, refirió el A Quo que de la certificación allegada por el revisor fiscal de la demandada está demostrada la prestación del servicio que efectuó la demandante a favor de esta; que de los testigos se logra establecer que existían actos de subordinación, pues estos señalan que era supervisaba por el Ingeniero Enrique Triana, lo que por demás es conteste con las conversaciones de whatsapp obrantes en el plenario que dan cuenta de las órdenes que se le remitían a la accionante; que nada impide que un trabajador preste sus servicios a ambos empleadores, pues no se pactó cláusula de exclusividad; que se tendrá en cuenta el salario mínimo, pues no se demostró uno superior; que al demandarse dentro de los tres años contados a partir de la terminación del contrato de trabajo, no operó la excepción de prescripción; que por lo expuesto, había lugar a prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social en pensiones a través de cálculo actuarial; que no se acreditó el hecho del despido, para establecer que hay lugar a indemnización por despido sin justa causa; que no se acreditó perjuicio causado por la falta de afiliación a salud y riesgos laborales, por lo que, no hay lugar a su imposición; y que es dable imponer sanción

moratoria, como quiera que no existen razones suficientes para entender que se obró de buena fe, máxime cuando está acreditada una dependencia laboral por parte de la trabajadora.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte demandada** manifestó que, la empresa siempre ha actuado de buena fe, y por tanto, tenía la plena convicción de que la forma en que había contratado era la correcta, pues la actora nunca tuvo que cumplir horario de trabajo, órdenes, no fue objeto de llamados de atención, y no tuvo que asistir presencialmente; que en interrogatorio de parte el representante legal es claro en señalar que la actora fue contratada por una contingencia, por unos pocos días; que la demandante en interrogatorio manifestó que también trabajaba con otra empresa con quien cumplía un horario de trabajo, así como que realizaba su trabajo de acuerdo a la disponibilidad de tiempo que tuviera, que no fue objeto de sanciones ni llamados de atención, que sus pagos eran variables y dependía de las facturas que digitara, que únicamente usaba su computador para realizar sus servicios; que del testimonio de Luz Marina Calderón se logra establecer que no la conocía, que el contrato era prestación de servicios por una contingencia que tuvieron, que las facturas eran asignadas por una bolsa; que con el testimonio de Nicolás Vanegas se logra colegir que el software tenía una disponibilidad de 24/7, que el trabajo se asignaba al azar de conformidad con lo que estuviera en bolsa; que por lo anterior, se logra extraer que sí se desvirtuó subordinación, por demás que obra documental de la relación laboral que tenía la actora de forma simultánea, el record de entradas de la actora al software donde se observa que entraba conforme a su disponibilidad de tiempo; y que al existir condena parcial no era posible una condena total en costas.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado para alegar, el que fue utilizado por la parte demandada para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si entre el demandante y A.G.S. COLOMBIA S.A.S. existió un contrato de trabajo del 28 de mayo al 23 de octubre de 2019.

Del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y el contrato de trabajo.

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

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

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo¹.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

“[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le

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

corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia”.

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

Del caso en concreto.

No existe controversia o está acreditado en juicio que la actora prestó servicios de digitación de facturas entre el 28 de mayo y el 23 de octubre de 2019 (fls. 1310 del archivo 04)

Adicional a la prueba documental obrante a folios 10 a 37 del archivo 01, y 17 a 1367 del archivo 04, se recibió **la testimonial** de Luz Marina Calderón Moreno y Nicolás Vanegas Muñoz, de la que se extracta lo que resulta de interés al recurso:

Luz Marina Calderón Moreno dijo que fue Gerente Administrativa y Financiera de A.G.S. durante 10 años, retirándose en julio de 2021; que la actora tuvo un contrato de prestación de servicios verbal con A.G.S., siendo llamada a realizar una actividad por contingencia; que en el 2019, firmaron un contrato con la Dirección de Sanidad Militar para auditar servicios de salud, motivo por el que tuvieron alrededor de 120 contratos laborales, en los cuales habían 62 digitadores y digitalizadores de facturas; que cuando tales facturas aumentaron, se consideró que algunas personas de forma

ocasional y que tuvieran conocimiento en digitación, ayudaran para resolver esa contingencia; que estas personas lo que debían hacer era transcribir datos de la factura que presentaba la I.P.S. a un software, para luego pasarlos a otro proceso; que esos datos eran verificados por el Ingeniero Triana; que cada factura se pagaba por \$400; que la actora estuvo de mayo a septiembre - octubre de 2019, pero su servicio se podía realizar en cualquier momento, además trabajaba en otra empresa, R.G.C. Auditores; que se revisaba la calidad del trabajo de las personas y se les dijo a los ingenieros que manejaban el software que lo hicieran antes de entregar a los clientes la digitación; que una vez radicada la factura, venían los digitalizadores, la escaneaban y subían al software, de modo que, cada vez que una persona prestaba su servicio tomaban la factura de allí; que si la actora quería hacer una digitación a las 9:00 P.M. o 3:00 P.M. lo podía hacer; que a la actora se le dio la opción de que en sus tiempos libres ejecutara la actividad; que a través de contrato de prestación de servicios se tuvieron aproximadamente cinco digitadores para apoyar los picos; que la actividad se supervisaba a través del ingeniero Triana, ya que lo que la actora digitaba podía tener errores; que los ocasionales prestaban un servicio específico y de vez en cuando; que a la actora se le liquidaba a través del software y de acuerdo a la cuentas que hubieran pasado la calidad, el software determinaba cuántas cuentas había hecho y arrojaba el valor; que el ingeniero fue el que dijo que dichas personas podían colaborar ocasionalmente para hacer la digitación, de esa manera se acordó con Claudia que cuando tuviera la disponibilidad de tiempo desde su casa hiciera tal servicio; y que a la actora se le contrató por una contingencia, ya que, habían muchas cuentas que no alcanzaban a hacer las personas contratadas por contrato de trabajo, y habían términos para entregar ante la Dirección de Sanidad esas facturas, de modo que, esto ayudaba a avanzar en el proceso de auditoría.

Por su parte, **Nicolás Vanegas Muñoz** adujo que ser el Gerente en una empresa de tecnología y proveedor de software de

la empresa A.G.S. Colombia S.A.S; que el software de AGS es un aplicativo que se tiene para la realización de la auditoría de cuentas; que el aplicativo es web, lo que quiere decir que desde cualquier lugar del mundo se pueda acceder al aplicativo por medio del usuario y la contraseña, y realizar el trabajo que se tenga encomendado; que tienen diferentes alertas en el sistema al momento en que el usuario está digitando la cuenta, tales como, que la fecha de ingreso no puede ser posterior a la fecha de egreso, y que la autorización superó más de tres meses; que también había alertas en las fechas, como en la práctica de los servicios; que todo el sistema estaba abierto 24/7, no estaba disponible cuando se hacían mantenimientos, pero eran esporádicos; que la persona encargada de revisar cada producción hacia el análisis de si se cumplían metas, y demás, pero el aplicativo no liquidaba cuánto dinero era para cada persona, sólo la productividad; y que la información que reposa en el software después de ser digitada, quedaba en custodia del aplicativo, encontrándose guardada y encriptada.

Pues bien. Sea lo primero indicar que no existe duda que la accionante prestó sus servicios del 28 de mayo al 23 de octubre de 2019 para desempeñar funciones digitación, por lo que, le correspondía a la demandada desvirtuar el elemento de la subordinación.

Al punto, encuentra la Sala que la testigo Luz Marina Calderón Moreno fue enfática en señalar, frente a las condiciones de la actora, que si bien era necesario cumplir con una metas pues tenía un contrato con Dirección de Sanidad Militar, también señala que los servicios que prestaba la actora se realizaban de forma esporádica u ocasional, que fue contratada por una contingencia en el aumento de facturas por servicios de salud, que por cada factura digitada se pagaba la suma de \$400, que la actora trabajaba en sus tiempos libres, y que las facturas las asignaba el software de manera automática a través de la bolsa del aplicativo; última declaración que también corroboró el

testigo Nicolás Vanegas Muñoz, quien además agregó que dicha bolsa generaba una asignación de facturas al azar, y que la prestación del servicio se podía realizar desde cualquier lugar del mundo y a cualquier hora.

En suma, en **interrogatorio de parte la demandante** manifestó que nunca fue a las instalaciones de A.G.S. a prestar sus servicios; que dicho servicio siempre lo hizo desde su casa; y que le pagaban un monto de \$400 por factura; y que la herramienta para ingresar al software era su computador, el que era de su propiedad.

De esta manera, la Sala encuentra elementos que permiten establecer que el contrato de la demandante se efectuaba con autonomía e independencia, pues podía prestar sus servicios como digitadora cuando dispusiera, lo que incluso podía realizar en el horario que ella misma resolviera y en cualquier lugar del mundo. Lo que cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta las fechas de digitación obrantes a folios 17 a 1306 del archivo 04, documento que da cuenta que la actora ingresaba en diversas horas, y que ciertamente ella era la que administraba su tiempo, pues en ocasiones laboraba únicamente en horarios nocturnos, y en otros, durante diversos momentos del día, gradualmente.

Ahora, advierte el A Quo que la testigo Luz Marina Calderón Moreno señaló que la accionante estaba sometida a supervisión, pues los datos que digitaba eran verificados por el Ingeniero Triana, así como obran conversaciones de whatsapp de las que considera a la accionante le proporcionaban órdenes (fls. 19 a 36 del archivo 01), sin embargo, para la Sala tales conversaciones no pasan de ser las actuaciones de coordinación y/o supervisión propias que acontecen en contratos de prestación de servicios; recuérdese que en este tipo de contratos es dable en desarrollo de tal actuación de coordinación, fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre

esas mismas obligaciones. En efecto, en sentencia SL13020-2017, se señaló:

“[...] el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo cual lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; **no obstante, este tipo de contratación no está vedado de la generación de instrucciones, de manera que es viable que en función de una adecuada coordinación se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones.** Lo importante, es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo. (resalta la Sala).

Por otra parte, es preciso señalar que en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de que se establezca la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al Juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.” Negrillas por la Sala.

Aunado a ello, las conversaciones de whatsapp aludidas no pasan de ser una prueba indiciaria, pues ciertamente se tratan de un pantallazo impreso que se presenta de manera informal, de modo que, para la Sala se presenta duda frente a su origen, autenticidad y mismidad; nótese que no se allegó ni siquiera como mensaje de datos en su formato original. Sobre el punto, la H. Corte Constitucional en sentencia T-043 de 2020 adujo:

“Los avances tecnológicos que a nivel global se han dado en distintos campos (ciencia, medicina, aplicativos digitales), también han influido en el entendimiento y el ejercicio del derecho. Al efecto, en el ámbito probatorio, por ejemplo, los operadores judiciales diariamente deben analizar elementos extraídos de aplicaciones de mensajería instantánea, ya sea que se cuente con metadatos que permitan realizar un mayor rastreo de la información o solo capturas de pantallas respecto de ciertas afirmaciones o negaciones realizadas por una de las partes en el litigio. Sobre estas últimas, la doctrina especializada

les ha concedido el valor de prueba indiciaria ante la debilidad de dichos elementos frente a la posibilidad de realizar alteraciones en el contenido, por lo cual deben ser valoradas de forma conjunta con los demás medios de prueba”.

Conforme a lo anterior, y estudiado el acervo probatorio en su integridad es posible concluir que se logró desvirtuar en debida forma el elemento de la subordinación entre A.G.S. Colombia S.A.S. y la demandante, para lo que se reitera, que la primera, tenía la posibilidad de supervisar las tareas a desarrollarse, siempre que dichos actos no impliquen el ejercicio de un poder subordinante, lo que como quedó visto se desvirtuó.

Por lo brevemente expuesto, se **REVOCARÁ** la sentencia, y en su lugar se **ABSOLVERÁ** a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Por sustracción de materia no se hace necesario el estudio de los demás fundamentos de la apelación, como lo es la sanción moratoria.

VII.COSTAS

Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: – REVOCAR la sentencia. En su lugar, se dispone **ABSOLVER** a la A.G.S. COLOMBIA S.A.S. de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO. – Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-020-2021-00295 -01
Demandante: **CLAUDIA PATRICIA SANABRIA.**
Demandado: **A.G.S. COLOMBIA S.A.S.**

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310500120190002601

Demandante: MARTHA JOSEFA GARCÍA ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los (las) apoderados (as) del (las) demandadas COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, el 07 de febrero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral que **MARTHA JOSEFA GARCÍA ROJAS** promoviese contra **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado realizado del régimen de prima

media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de la AFP Colmena hoy Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se condene a Colfondos S.A., trasladar a Colpensiones el monto total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante; y a esta última a tener como válidamente afiliada a la actora.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

COLPENSIONES (Fls. 62 a 84 Archivo 01), contestó oportunamente, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (Fls. 91 a 124 Archivo 01), respondió oportunamente, oponiéndose a las pretensiones de la acción, luego de declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban; propuso como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y pago, petición antes de tiempo, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia condenatoria, **declarando la ineficacia del traslado** realizado por la demandante al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., autorizando su traslado al RPM, en las mismas condiciones que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, bono pensional, los gastos de administración y cualquier monto recibido con motivo de su afiliación, sin efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la actora.

Así mismo, declaró que Colpensiones puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A., señaló que en la parte considerativa de la sentencia se indicó que esa AFP debe asumir las diferencias a que haya lugar derivadas del cálculo de equivalencias entre regímenes, pero en la parte resolutive se indica que solamente Colpensiones puede adelantar algún proceso por los perjuicios causados, sin encontrar concordancia con lo manifestado en la parte considerativa y la resolutive, así mismo se le ordena devolver el bono pensional en caso de que la demandante tuviese derecho a este o se encuentre en su cuenta de ahorro individual, pero en la resolutive se indica que se debe devolver el bono

pensional como si se considerara que esta está en la cuenta de ahorro individual de la actora, pero este no existe.

Precisó que debe revocarse la condena respecto de los bonos pensionales, pues en la cuenta de ahorro individual de la actora no se encuentra dicho bono pensional, por lo que no es procedente ordenar su devolución, debido a que, cuando se trata de un traslado del RAIS al RPM, lo procedente es el traslado de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la afiliada con los respectivos rendimientos.

En cuanto a los gastos de administración, precisó que no es procedente proferir condena alguna, pues las actuaciones de esa administradora han estado ceñidas a la Constitución y la Ley, pues la comisión por el manejo de aportes obligatorios es de consagración legal y se encuentran en la Ley 100 de 1993 y la consecuencia de la ineficacia declarada es que las cosas vuelvan a su estado anterior, por lo que, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende Colfondos S.A. nunca debió haber administrado esos recursos y los rendimientos que produjo la cuenta no se causaron y por lo que no debió haberse cobrado una comisión por ello, además, ordenar la devolución de lo descontado por comisión constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de la actora, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de esa AFP sin reconocer o pagar un concepto por la gestión realizada, privilegiando de manera injustificada una de las partes del contrato que fue declarado nulo.

Señaló que, no es viable que se condene a Colpensiones a asumir esas diferencias, todas vez que la Corte Constitucional en sentencia SU-062 del 2010 impuso la obligación al ISS hoy Colpensiones, de informarle al afiliado cuál era la diferencia del valor de los aportes entre los dos regímenes sobre el saldo a trasladar y acordar con este un plazo prudencial para que el interesado asumiera la diferencia resultante, por lo que sería el

afiliado quien asuma esta diferencia atendiendo la citada sentencia, por ende, no es la AFP la que tiene que asumir dicho cálculo de equivalencias.

COLPENSIONES indicó, que el traslado realizado por la actora fue efectuado con su plena voluntad y por ello no es procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada, ya que ella, por decisión propia suscribió los formularios de afiliación para efectuar el traslado, voluntad que se vio ratificada con los más de 20 años que ha efectuado cotizaciones al RAIS.

Precisó que la demandante incurre en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, esto es la prohibición de trasladarse cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, para quienes se conservó el derecho de regresar al RPM, norma que busca evitar la descapitalización del fondo común del RPM y cuya constitucionalidad fue estudiada en la sentencia S 1024 de 2004, sin que la demandante esté inmersa en la excepción antes señalada, pues para el 01/04/1994 no contaba con 15 años de cotizaciones.

Resaltó que, para la fecha de afiliación al RAIS, esto es en el año de 1995 la actora contaba con 41 años de edad y se afilió al Sistema General de Pensiones después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir que, para dicha data no contaba con una expectativa legítima que pudiera causar la nulidad del traslado, que le faltaban 18 años para cumplir la edad establecida para acceder a la pensión en el RPM, por lo que era imposible para Colfondos conocer si era mejor estar en uno u otro régimen pensional, adicionalmente, indicó que las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio en el consentimiento en el momento en que decidió su traslado, máxime cuando la obligación de emitir por

parte de la AFP herramientas financieras o proyecciones pensionales a los potenciales afiliados nació con el Decreto 2071 de 2015, es decir con posterioridad al traslado de la demandante.

Expuso que, realizado el interrogatorio de parte y de un estudio del caso general, no se probó el vicio en el consentimiento que diera lugar a la nulidad de la afiliación.

Solicitó, en caso de confirmarse la sentencia, se garantice a Colpensiones la facultad para que por vías judiciales pueda obtener los valores no previstos al momento del reconocimiento pensional, así mismo que se realice el traslado de los aportes, todos los rendimientos financieros, frutos, bonos pensionales, gastos de administración y demás valores que fueron obtenidos, producto de los aportes que fueran realizados por la demandante al fondo privado.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 19 de abril de 2022, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el (la) apoderado (a) de la demandante, quien reiteró sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y conforme el artículo 69 de la mentada norma, al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación

aportes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.
Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

“... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es

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

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

d) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la consecuencia es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

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

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

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad**

financiera, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el 01/02/1979 (fl. 39 Archivo 01); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 31/07/1995 a través de la A.F.P Colfondos S.A (fl. 20 y 32 Archivo 01); y **iii)** el día 19/11/2018 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante, el mismo fue negado (fl. 34 a 38 Archivo 01).

Pues bien, a folios 20 y 32 del archivo 01 del expediente digital, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 31/07/1995 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (1).

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la AFP con la que se efectuó el traslado inicial, en este caso Colfondos S.A., estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 31 de julio del año 1995, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído, a las AFP les era obligatorio entregar al posible afiliado información, en los términos señalados a lo largo de esta determinación, lo que, se reitera, no se cumple con el formulario de afiliación, sin que lo anterior signifique se esté imponiendo a la AFP a arrimar documento adicional a este, pues lo que se requiere es la demostración del cumplimiento del deber de información - a través de cualquiera de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación y mucho menos se está exigiendo el

¹ Según los cuales “la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

cumplimiento de normas inexistentes para dicha data, pues, en efecto sí existían normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, señalado por Colpensiones en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

De otro lado, atendiendo lo argüido por Colpensiones en su recurso, resulta irrelevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso COLFONDOS S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora García Rojas en el traslado

que esta realizó en el mes de julio de 1995, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones, sin que sea necesario que la accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que la actora demuestre su existencia tal como lo pretende Colpensiones conforme los argumentos presentados en su recurso.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, COLFONDOS S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia de la *A Quo*, en el sentido de ORDENAR a COLFONDOS S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de

abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Respecto de lo solicitado por Colfondos S.A. en su recurso de apelación respecto de la orden de devolución del bono pensional, ha sido unánime y pacífica la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, al señalar que la consecuencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional es el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, así como los valores cobrados por las AFP a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales (Ver sentencia SL 1565/2022). Por ello, no hay lugar a revocar el fallo de primer grado en tal sentido.

Frente al asunto relativo a las equivalencias, argumentado por Colfondos S.A, una lectura de la sentencia SU 062 de 2010 citada por esta apelante, se tiene que la discusión de las equivalencias y el aporte de estas por parte de los afiliados, hace referencia a aquellas personas que son beneficiarios del régimen de transición y que estando en el RAIS deseen trasladarse o devolverse al RPM, caso que no es el que ocupa nuestra atención en este momento, pues la actora no resulta ser beneficiaria del régimen de transición, por lo que no se accederá a tal pedimento. Al punto, la mentada sentencia expuso: *“(...) no se puede negar el traspaso a los beneficiarios del régimen de transición del régimen de ahorro individual al régimen de prima media por el incumplimiento del requisito de la equivalencia del ahorro sin antes ofrecerles la*

Código Único de Identificación: 11001310500120190002601

Demandante: MARTHA JOSEFA GARCÍA ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

posibilidad de que aporten, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.”

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, se aplica a la **prescripción de los gastos de administración** y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto y, en todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP accionada Colfondos S.A., la

Código Único de Identificación: 11001310500120190002601

Demandante: MARTHA JOSEFA GARCÍA ROJAS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO.- **CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- **COSTAS** de la instancia a cargo de Colfondos S.A.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de COLFONDOS S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Martha Josefa García Rojas
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**001-2019-00026-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f991f946298788ead700802eb87a4e76e10939387efcb0a89c80f9f5369d1aeb**

Documento generado en 07/12/2022 02:55:54 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11001310500120190107301

Demandante: MARTHA LUCIA ÁVILA VERA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los (las) apoderados (as) del (las) demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, el 08 de febrero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral que **MARTHA LUCÍA ÁVILA VERA** promoviese contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado hecho por la demandante del

régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de Porvenir S.A. el 1° de julio de 1995.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y por ende, se ordene a Porvenir S.A. entregar a Colpensiones la totalidad de los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, a portes y cualquier otro concepto que se hubiere causado, y a esta última a incluir como su afiliada a la demandante, recibir los valores devueltos por Porvenir S.A. y contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas por la demandante en el RAIS.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

PORVENIR S.A. (Fls. 171 a 200 Archivo 01), allegó contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la acción, luego de declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban; propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES (Fls. 204 a 238 Archivo 01), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los

actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia condenatoria, **declarando la ineficacia del traslado** realizado por la demandante al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., autorizando su traslado al RPM, en las mismas condiciones que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, bono pensional, los gastos de administración y cualquier monto recibido con motivo de su afiliación, sin efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la actora.

Así mismo, declaró que Colpensiones puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., argumentó, que al momento de realizar el traslado de la actora, Porvenir S.A. cumplió con el deber de información establecido para la época, consignado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, ya que los requisitos de información que aduce el Despacho que debían darse al momento de la afiliación de la demandante, corresponden a disposiciones del Decreto 2241 de 2010, que para el momento en que la afiliada realizó su traslado no se encontraban vigentes.

Adujo que, en el interrogatorio de parte rendido por la actora ella indica no conocer ninguna de las características del RAIS, pese a haber estado afiliada por 26 años a Porvenir S.A. y teniendo en cuenta que es Contadora de profesión y que en desarrollo de su vida profesional alcanzó enfoques como de alta gerencia, donde tenía todas las capacidades y posibilidades técnicas de tomar una decisión informada, máxime cuando los fondos de pensiones no tenían la competencia para negar las afiliaciones atendiendo lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley 100 de 1993.

Expuso que la demandante busca trasladar la responsabilidad de su falta de interés en su futuro pensional a las responsabilidades que podía tener para la época del traslado Porvenir S.A., como quiera que para dicha data los afiliados contaban con la posibilidad de informarse o de conocer al menos las ofertas de los Fondos Privados, que no eran pocas al estar en auge para el año de 1995, incluso, también tuvo la posibilidad de conocer para ese momento, de la existencia del régimen de prima media y en ese orden de ideas, subsanar su afiliación al ISS, lo que no hizo la demandante.

Precisó que el deber de información para el año 1995 no existía como actualmente se conoce, ya que actualmente hay que realizar una doble asesoría, un doble consejo e incluso desincentivar las afiliaciones, pues estas obligaciones fueron desarrollos jurisprudenciales y normativos que se dieron con posterioridad al traslado hecho por la demandante, por lo que no se le puede aplicar un cumplimiento al deber de información que no existía para la época del traslado de la actora, así como tampoco la obligación de guardar o tener documentación sobre la información prestada en las ofertas previas a las afiliaciones.

Indicó que resulta cuestionable que la demandante señale que no se le dio ningún tipo de información y pese a ello se mantengan en el RAIS, volviéndose imposible para los fondos de

pensiones generar un argumento de defensa frente al tema, por lo que estos procesos se vuelven meramente administrativos, pues en la entidad nunca va a tener esas posibilidades de probar las exigencias probatorias señaladas por la jurisprudencia.

En caso de que se confirme la sentencia apelada, solicitó se revoque la condena respecto de la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y demás, pues los primeros se destinaron a cubrir los gastos en que se incurrió para la generación de frutos o rendimientos, que efectivamente generaron un incremento en la cuenta de la demandante y los segundos aseguraron los cubrimientos de los riesgos de invalidez y muerte y que no pueden retrotraerse pues la cobertura del servicio por parte de la AFP ya se prestó.

COLPENSIONES, por su parte, afirmó que el traslado de la demandante se realizó con su plena voluntad y por ello no es procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada por la actora al RAIS, ello quedó claro en el interrogatorio de parte por ella rendido, en el que narró que en el traslado no hubo coacción, que lo hizo con libertad y que la motivación por la cual decide trasladarse es económica, con ello, la voluntad de la actora se ve ratificada y es una decisión propia al momento de suscribir el formulario para efectuar su traslado, ratificándose la misma con los más de 20 años que ha realizado cotizaciones a RAIS.

Precisó que la demandante incurre en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, esto es la prohibición de trasladarse cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, para quienes se conservó el derecho de regresar al RPM, norma que busca evitar la descapitalización del fondo común del RPM, lo que contribuiría

a desfinanciar el sistema y poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Indicó que, no se observa solicitud alguna de la demandante respecto de información sobre las diferencias de un régimen y otro, lo que se ratifica con el interrogatorio rendido en el que manifestó que no se acercó ni buscó asesoría de ningún funcionario del ISS o Colpensiones, adicionalmente, solicito tener en cuenta que es improcedente que se requiera a los fondos privados por el incumplimiento de normas inexistentes para la época del traslado, ya que estos no desconocen la existencia del deber de información desde la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, sin embargo, resaltó que dicho deber se intensifica con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las AFP obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, teniendo en cuenta que ello va en contravía del artículo 29 de la Constitución Política, además, con ello se afecta gravemente el debido proceso de Colpensiones quien, sin haber participado en el trámite del traslado debe asumir la carga de la prestación.

Adicionalmente, dijo, no se puede desconocer que la afiliada, como consumidora financiera, también tiene la obligación de informarse acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los regímenes pensionales, para que tomen decisiones con el cuidado y atención que ello merece.

Solicitó, en caso de confirmarse la decisión de primer grado, se ordene la devolución de todos y cada uno de los aportes realizados por la actora al fondo privado, tales como rendimientos, frutos, gastos de administración y demás dineros obtenidos con producto de los aportes realizados por la actora al RAIS, así como obtener por vía judicial los valores no previstos al momento del reconocimiento pensional.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 19 de abril de 2022, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el (la) apoderado (a) de Porvenir S.A., quien reiteró sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, así como al grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en virtud del artículo 69 de la mentada codificación.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad

administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

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

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

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

(...)

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

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

los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

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

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

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

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

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

d) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la consecuencia es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

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

(...)

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

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto

es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RMPMD administrado por COLPENSIONES el 29/01/1987 (fl. 178 Carpeta 04); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 09/06/1995 a través de la A.F.P Horizonte hoy Porvenir S.A (fl. 31 Carpeta 03); **iii)** que se trasladó a Porvenir S.A. el

13/02/2006 (fl. 69 Carpeta 03); y **iv**) el día 08/08/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante, el mismo fue negado (fl. 182 Carpeta 04).

Pues bien, sea lo primero por evocar que, conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez puede valorar libremente la prueba y dado que para probar el cumplimiento del deber de información, no existe tarifa legal de prueba, la pasiva podía valerse de cualquier medio de prueba de aquellos consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, no obstante, ello no aconteció en el caso bajo estudio, pues, de un lado de lo narrado en su interrogatorio de parte no resulta viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que se le brindó la información suficiente en los términos expuestos por la Sala Laboral de la H. C.S.J., pues de dicha prueba no logra esclarecerse que la actora conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni sus características y si bien en este se refiere que su afiliación fue voluntaria, tal y como lo refirió Colpensiones al sustentar su recurso, ello no significa que haya sido informada.

En cuanto al formulario y sus efectos probatorios, ha de memorarse que en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹, por lo que no bastaba con allegarse dicha documental, la cual, dicho sea de paso, ni siquiera fue arrimada por Porvenir S.A. (pues no fue allegado el formulario de traslado inicial con Horizonte), o que este se hubiese firmado de manera voluntaria, pues esta documental no basta para demostrar el cumplimiento del deber de información en los términos expuestos por la jurisprudencia

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por lo que, si bien para la fecha del traslado de la demandante al RAIS, esto es el año 1995, no se exigía documental alguna que demostrara el cumplimiento del deber de información, tal y como lo señaló Porvenir S.A. al sustentar su recurso, no es menos cierto que el deber de información, podía haberse demostrado con cualquier otro de los medios de prueba consagrados en nuestra legislación, lo cual, se reitera, no sucedió en este caso, máxime cuando, se reitera, dicho documento se torne suficiente para acreditar el deber de información al usuario. Evidente resulta que el formulario de traslado es solo el documento a través del cual se formaliza el acto de traslado, más con la simple suscripción del mismo no se suple el cumplimiento del deber de información consagrado desde la misma fundación de las AFP con la expedición de la Ley 100 de 1993².

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 09 de junio del año 1995, lo que da al traste con los argumentos expuestos por las apelantes al sustentar sus recursos frente al particular, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído, a las AFP les era obligatorio entregar al posible afiliado información, en los términos señalados a lo largo de esta determinación, lo que, se reitera, no se cumple con el formulario de afiliación, sin que lo anterior signifique se esté imponiendo a la AFP a arrimar documento adicional a este o que se le esté restando valor probatorio al formulario, pues lo que se requiere es la demostración del cumplimiento del deber de información - a través de cualquiera de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación y

² (Arts. 97; Art. 13 literal b), 271 y 272) así como en el Decreto 663 de 1993 numeral 1.0, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, y las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal

mucho menos se está exigiendo el cumplimiento de normas inexistentes para dicha data, pues, en efecto sí existían normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras.

En cuanto al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, señalado por Colpensiones en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable, al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

De otro lado ha de indicarse que, resulta irrelevante la profesión o los cargos que a lo largo de su vida laboral hubiere ostentado la actora, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

Ahora bien, es de anotar que, si bien es cierto el demandante, como consumidor financiero tenía obligaciones, como la de informarse, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de

información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Ávila Vera en el traslado que esta realizó en el mes de junio de 1995, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia del *A Quo*, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de

abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, como lo arguye Colpensiones en su recurso, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con

motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, se aplica a la **prescripción de los gastos de administración** y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto y, en todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE**

Código Único de Identificación: 11001310500120190107301

Demandante: MARTHA LUCIA ÁVILA VERA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP accionada Porvenir S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO.- **CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- **COSTAS** de la instancia a cargo de Porvenir S.A.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11001310500120190107301

Demandante: MARTHA LUCIA ÁVILA VERA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000
a cargo de PORVENIR S.A.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', written in a cursive style.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Martha Lucía Ávila Vera
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**001-2019-01073-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **40b26f9cc94ff6678059bac1f05351f41d571ee90ca42b069d127bda925bc8af**

Documento generado en 07/12/2022 02:55:54 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11001310501320180034201

Demandante: ELSA MARINA FAJARDO GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, el 02 de febrero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral que **ELSA MARINA FAJARDO GONZÁLEZ** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante el 21/05/1996 al régimen ahorro individual con solidaridad (en

Código Único de Identificación: 11001310501320180034201

Demandante: ELSA MARINA FAJARDO GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS

adelante RAIS) a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., así como el realizado posteriormente a la AFP Santander hoy Protección S.A. el día 24/07/2022.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener a la demandante como afiliada en el régimen de prima media (en adelante RPM) como si nunca se hubiera trasladado, en virtud del regreso automático.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (Fls. 76 a 83), contestó la demanda, con oposición a las pretensiones contra esta incoadas, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Por su parte **PROTECCIÓN S.A.** (Fls. 96 a 140), allegó contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la acción contra esta incoadas, luego de declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban; propuso como excepciones de fondo las 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 y la innominada.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (Fl. 157), se opuso a las pretensiones de la acción, tras declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban, proponiendo en su defensa 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.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia condenatoria, **declarando la ineficacia del traslado** realizado por la demandante del RPM al RAIS a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. el 21 de mayo de 1996 y el realizado a Santander hoy Protección S.A. de manera posterior.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y que cada una tenga en su poder actualmente; y a esta última a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros trasladados y actualizar la historia laboral de la demandante.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 19 de abril de 2022, se admite el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el (la) apoderado (a) de la demandante y de Porvenir S.A, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la

competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y en virtud del artículo 69 ibídem se estudiara la consulta a favor de Colpensiones.

V. RECURSO DE APELACIÓN.

PORVENIR S.A., argumentó que esa AFP siempre ha actuado con buena fe en relación del traslado que la demandante hizo en el año de 1996 con Colpatria, el cual se hizo de forma libre, voluntaria y consciente como quedo expresado en el formulario de afiliación suscrito por la actora, el cual cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad de afiliación de la accionante al RAIS.

Señaló que, las obligaciones a cargo de esa AFP y que estaban vigentes para la época del traslado de la accionante, establecían un deber de información distinto al consagrado en el Decreto 2071 de 2015, máxime cuando el deber de asesoría y buen consejo surge a partir del año 2015, es decir, 19 años después de que se produce el traslado a la actora.

Señaló que las acciones por las que la actora solicita se declare la ineficacia del traslado se encuentran prescritas, debido a que el objeto de discusión y reclamo fue el acto de afiliación realizado en el año de 1996, es decir, no está en discusión la consolidación del derecho pensional, por lo que si se argumenta una supuesta falta al deber de información por parte de esta AFP, la exigibilidad de los derechos surge a partir del momento en el que se presentó el supuesto vicio.

Manifestó que Porvenir S.A. no incurrió en ningún tipo de falta, por lo que no debe devolver lo descontado por gastos de administración y comisiones, pues con ello le están imponiendo de manera injustificada una condena, cuando su comportamiento se ajusta a derecho y lo que se le está

generando es un detrimento patrimonial y un enriquecimiento sin justa causa a cargo de Colpensiones, pues estos gastos de administración son una suma ya causada y utilizada, la cual se encuentra en la cuenta de ahorro individual de la actora en los rendimientos financieros generados por la buena gestión que realizó Porvenir S.A., además, que este concepto también se causa en el RPM y por ello no debe devolverse a Colpensiones.

PROTECCIÓN S.A., argumentó que debe tenerse en cuenta que la deducción de los gastos de administración, se realizó como consecuencia de una norma exigible, aplicable y vigente y no por capricho de Protección S.A. y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En caso de que no se tengan en cuenta sus argumentos, solicita se ordene la devolución de los rendimientos generados a la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras ella estuvo afiliada a esta AFP, pues estos se generaron como producto de la buena gestión y administración de Protección S.A. y en tal sentido solo habría lugar a trasladar los aportes, especialmente porque la consecuencia jurídica de la declaratoria de ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

d) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la consecuencia es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

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

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

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

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

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

VII. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el 01/03/1983 (fl. 42); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 21/05/1996 a través de la A.F.P Colpatria hoy Porvenir S.A (fl. 13 y 27 Cd. 157); **iii)** que el día 24/07/2002 realizó traslado horizontal entre administradoras del RAIS a Santander hoy Protección S.A. (fls. 14 y 121); y **vi)** el día 26/02/2018 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 16).

Pues bien, a folios 13 y 27 del disco compacto de folio 157, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 21/05/1996 con la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (1).

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la AFP con la que se efectuó el traslado inicial, esto es Colpatria hoy Porvenir S.A., estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de

¹ Según los cuales “la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 21 de mayo del año 1996, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído, a las AFP les era obligatorio entregar al posible afiliado información, en los términos señalados a lo largo de esta determinación, lo que, no se cumple con el formulario de afiliación, sin que lo anterior signifique se esté imponiendo a la AFP a arrimar documento adicional a este o que se le esté restando valor probatorio al formulario, pues lo que se requiere es la demostración del cumplimiento del deber de información - a través de cualquiera de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación y mucho menos se está exigiendo el cumplimiento de normas inexistentes para dicha data, pues, en efecto sí existían normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Ahora bien, es de anotar que, si bien es cierto la demandante, como consumidora financiera también ostenta obligaciones y que las características de los regímenes pensionales se encuentran establecidas en la ley y por ello el desconocimiento de la ley no sirve de excusa, tal y como lo señaló Porvenir S.A. en su recurso, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado la información en los términos expuestos por la

jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Fajardo González en el traslado que esta realizó en el mes de mayo de 1996, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia de la *A Quo*, en el sentido de ORDENAR a

PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Ahora bien, dicha **orden será extensiva a PORVENIR S.A.**, en lo que respecta a los gastos de administración y seguros previsionales, pues esta AFP en algún momento tuvo a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo

vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, se aplica a la **prescripción de los gastos de administración** y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como

Código Único de Identificación: 11001310501320180034201

Demandante: ELSA MARINA FAJARDO GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS

los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto y, en todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

Las costas en esta instancia estarán a cargo de Protección S.A. y Porvenir S.A.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a las AFP accionadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO.- **CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- **COSTAS** en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Protección S.A.

Código Único de Identificación: 11001310501320180034201

Demandante: ELSA MARINA FAJARDO GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTROS

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas condenadas en costas, esto es PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Elsa Marina Fajardo González
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**013-2018-00342-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **47320dc55b155d7fb55111a8fd8fe2e3090e4bc082cc4a7927465fa34db67dbc**

Documento generado en 07/12/2022 02:55:54 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11001310502620200009301

Demandante: MARY LUZ TORRES VARELA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en Grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de Colpensiones, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 02 de febrero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral que **MARY LUZ TORRES VARELA** promoviese contra **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de Colfondos

Código Único de Identificación: 11001310502620200009301

Demandante: MARY LUZ TORRES VARELA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

S.A. el 9 de marzo de 2001, ante la omisión del deber de información.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se condene a Colfondos S.A., restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración y comisiones; y a esta última a recibir dichos valores y contabilizarlos para efectos de pensión.

De manera subsidiaria solicitó se declare la ineficacia del mentado traslado.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

COLPENSIONES (Fls. 100 a 137 Archivo 001 y Carpeta 002), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad Sui Generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica.

Por su parte **COLFONDOS S.A.** (Fls. 142 a 185 Archivo 001), allegó contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la acción contra esta incoadas, luego de declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le

constaban; propuso como excepciones de fondo las que denominó: buena fe, compensación y pago y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia condenatoria, **declarando la ineficacia del traslado** realizado por el demandante del RPM al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. a partir del año 2001.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, y a esta última a aceptar dicho traslado y contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 19 de abril de 2022, se admite el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el (la) apoderado (a) de la demandante, quien reiteró sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiara la presente sentencia al ser adversa a Colpensiones.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz

el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.
Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de

acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido. (...)”.

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

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

(...)

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

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

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

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

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

“... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el

esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

d) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la consecuencia es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

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

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

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad**

financiera, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al

derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el 22/02/1979 (fl. 22 y 132 Archivo 001); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 09/03/2001 a través de la A.F.P Colfondos S.A (fl. 26 y 185 Archivo 001); y **iii)** el día 28/10/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante, el mismo fue negado (fl. 35 a 40 Archivo 001).

Pues bien, a folios 26 y 185 del archivo 001 del expediente digital, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 09/03/2001 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (1).

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la AFP con la que se efectuó el traslado inicial, esto es Colfondos S.A., estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento

¹ Según los cuales “la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 09 de marzo del año 2001, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído, a las AFP les era obligatorio entregar al posible afiliado información, en los términos señalados a lo largo de esta determinación, lo que, no se cumple con el formulario de afiliación, sin que lo anterior signifique se esté imponiendo a la AFP a arrimar documento adicional a este o que se le esté restando valor probatorio al formulario, pues lo que se requiere es la demostración del cumplimiento del deber de información - a través de cualquiera de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación y mucho menos se está exigiendo el cumplimiento de normas inexistentes para dicha data, pues, en efecto sí existían normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras.

Frente al tema relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso COLFONDOS S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Torres Varela en el traslado que esta realizó en el mes de marzo de 2001, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, COLFONDOS S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia de la *A Quo*, en el sentido de ORDENAR a COLFONDOS S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-

2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, como lo arguye Colpensiones en su recurso, pues a

juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, se aplica a la **prescripción de los gastos de administración** y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto y, en todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP accionada COLFONDOS S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO.- **CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- **SIN COSTAS** en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310502620200009301

Demandante: MARY LUZ TORRES VARELA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Mary Luz Torres Varela
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**026-2020-00093-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2bfd316d92a812d265c2ad65db5bc49cad7fbcc66d6a71b4ff9a242f6a41dc4**

Documento generado en 07/12/2022 02:55:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2016-00348 -02
Demandante: JORGE LUIS RAMOS MARTÍNEZ.
Demandado: PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., Y
AMARILO S.A.S.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., AMARILO S.A.S. y SEGUROS DEL ESTADO S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **JORGE LUIS RAMOS MARTÍNEZ** promovió contra **PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S. y AMARILO S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido con PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S. del 10 de junio de 2014 al 29 de julio de 2015; que AMARILO S.A.S. debe responder en solidaridad como propietaria de la obra; que devengaba \$1'800.000; y que no recibió el salario completo a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2016-00348 -02
Demandante: JORGE LUIS RAMOS MARTÍNEZ.
Demandado: PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., Y
AMARILO S.A.S.

partir de enero de 2015. Como consecuencia de lo anterior, solicita el pago de las diferencias salariales dejadas de pagar desde enero y el 29 de julio de 2015, prima de servicios, vacaciones, cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago oportuno de los intereses a las cesantías, indemnización moratoria, e indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** Ingresó a laborar al servicio de PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S. el 10 de junio de 2014, mediante contrato verbal a término indefinido; **2)** Laboraba en la Obra Parque 175, propiedad de AMARILO S.A.S.; **3)** Devengaba \$1'800.000 pero le pagaban su seguridad social sobre el salario mínimo; **4)** Su salario fue desdibujado en bonificaciones habituales por cumplimiento de metas, normas de seguridad y puntualidad, préstamos, pagos pendientes, etc.; **5)** El 08 de septiembre de 2014 tuvo un accidente de trabajo al caer 10 metros de altura, sufriendo fractura de radio; **6)** Estuvo incapacitado hasta el 01 de diciembre de 2014, siendo reubicado en un cargo acorde con su condición de salud; no obstante, a partir del 01 de enero de 2015 su salario se vio disminuido a un salario mínimo; **7)** El 13 de marzo de 2015 se calificó su pérdida de capacidad laboral en un 0%; y **8)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

AMARILO S.A.S. (fls. 137 a 206 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, falta de título y causa en el demandante, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe, prescripción, y la genérica.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2016-00348 -02
Demandante: JORGE LUIS RAMOS MARTÍNEZ.
Demandado: PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., Y
AMARILO S.A.S.

No aceptó ningún hecho. Indicó que el demandante no prestó servicios a su favor, y que suscribió diversos contratos de obra con PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., los que estaban regidos por las normas del derecho civil, y fueron ejecutados por personal de dicha empresa, en labores ajenas a su objeto social; y que el actor fue reubicado en el almacén de PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S. para desarrollar funciones que no tienen nada que ver con su objeto social.

PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S. contestó a través de Curador Ad Litem, quien manifestó que no le constaban los hechos y que se atenía a lo que resultara probado. Propuso como excepciones cumplimiento del contrato, prescripción, buena fe, y la declaratoria de otras excepciones (carpeta 03).

AMARARILO S.A.S., **llamó en garantía** a la sociedad **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** (fls. 381 a 388 del archivo 01), quien se opuso a las pretensiones de la demanda, así como del llamamiento en garantía (fls. 573 a 602 del archivo 01). Presentó medios exceptivos y negó todos los hechos de la demanda. Indicó se debe verificar las acreencias laborales que están cubiertas en cada una de las pólizas de cumplimiento 11-45-101041233, 11-45-101046557, y 11-45-101048205, así como verificar los límites contractuales de estas.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de sentencia del 05 de abril de 2022, en la que declaró que entre el actor y PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S. existió contrato de trabajo por obra o labor, entre el 06 de octubre de 2014 y el 29 de julio de 2015 condenándola a pagar las prestaciones sociales y vacaciones en los valores especificados en el numeral segundo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2016-00348 -02
Demandante: JORGE LUIS RAMOS MARTÍNEZ.
Demandado: PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., Y
AMARILO S.A.S.

de la parte resolutive de la decisión, así como las sanciones por no pago de intereses a las cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, y \$42.477 diarios a partir del 29 de julio de 2015 y hasta el 29 de julio de 2017, y desde el 30 de julio de 2017 intereses moratorios a la suma máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, y hasta cuando el pago de prestaciones sociales se verifique, por concepto de indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

Así mismo condenó de un lado a la sociedad AMARILO S.A.S. a responder solidariamente por el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones que se ordenaron pagar a PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., es decir, únicamente se excluye la condena por vacaciones y de otro lado a SEGUROS DEL ESTADO S.A. a pagar las prestaciones sociales e indemnizaciones que deben ser reconocidas y pagadas por AMARILO S.A.S. pero la absolvió de las demás pretensiones incoadas por AMARILO S.A.S. Condenó en costas a las demandadas, y a favor del demandante.

En síntesis, refirió el A Quo, que está demostrado con el acervo probatorio obrante en el plenario que el demandante laboró para PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S. mediante contrato de obra o labor, como Oficial de Construcción del 06 de octubre de 2014 al 29 de julio de 2015; que no existe prueba de la que se pueda establecer con certeza el salario del accionante entre octubre de 2014 y marzo de 2015, por manera que, al no evidenciarse prueba alguna sobre este, consideró que el salario a tener en cuenta para liquidar las condenas era el mínimo legal; que de conformidad con certificación y certificados de pago obrantes en el plenario es dable establecer los siguientes salarios entre marzo y julio de 2015: abril \$654.663, mayo \$659.819, junio y julio de 2015 a \$1'274.336; que para el último periodo también se tomó dentro de la base salarial, el valor de las bonificaciones, pues no se demostró que tal rubro se pagara por mera liberalidad; que no está acreditado que se hubiera

pactado entre las partes un acuerdo o convenio de incremento salarial; que al demostrarse la relación laboral y no estar acreditado su pago, hay lugar al pago de las prestaciones sociales y a las sanciones moratorias, pues no se acreditó por qué el empleador se abstuvo de reconocer prestaciones sociales; que no se demostró que la obra o labor para la que fue contratado el demandante no había culminado, por lo que, no hay lugar a imponer indemnización por despido sin justa causa; que AMARILO S.A.S. debe responder en solidaridad, salvo por las vacaciones, como quiera que era beneficiario de la obra que ejecutaba el accionante y este desarrollaba su objeto social, el que versaba sobre construcción; que SEGUROS DEL ESTADO S.A. debe responder por las condenas impuestas a AMARILO S.A.S., como quiera que las prestaciones sociales e indemnizaciones hacen parte de la cobertura de la póliza de seguro; que no operó el fenómeno prescriptivo, advirtiendo que la mora en la notificación del llamamiento en garantía fue consecuencia de la remisión del expediente al Tribunal Superior de Bogotá para desatar una apelación de un auto, por demás que desde la fecha de obedézcse y cúmplase y la notificación no transcurrió el término de seis meses de que trata el artículo 66 del C.G.P.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S. manifestó que respecto de los salarios de abril y mayo de 2015 hay una certificación, pero en lo que respecta a horas extras, simplemente son mencionadas, no obstante, no se tienen en cuenta dentro del valor total que fuere pagado; que para el salario de junio y julio de 2015 se toma una certificación en donde se toma un promedio de bonificaciones, así como unos prestamos los que incluyó dentro del valor que tuvo en cuenta como salario, no obstante, que no tuvo en cuenta para abril y mayo de 2015; y que la simple no acreditación del pago no genera el reconocimiento de sanciones moratorias.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2016-00348 -02
Demandante: JORGE LUIS RAMOS MARTÍNEZ.
Demandado: PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., Y
AMARILO S.A.S.

Por su parte, **AMARILO S.A.S.** señaló que suscribió diversos contratos de obra con PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., quien los asumió de manera autónoma y con su propio riesgo; que existe una marcada diferencia entre las actividades que se señalan en el objeto social de la empresa, y las que se desarrollan diariamente, y que hacen parte de su giro ordinario; que su actividad gira en torno al gerenciamiento de proyectos, no a la construcción de los mismos ni de estructuras, que era precisamente lo que realizaba el accionante; que la construcción no hace parte su objeto social principal; que el artículo 34 del C.S.T. no contempla las sanciones moratorias como parte de los rubros que se deben pagar en solidaridad; que no se probó una mala fe, como para considerar que hay lugar a las sanciones moratorias; y que de los testigos se puede desprender que AMARILO S.A.S. siempre se ha dedicado a la gerencia de proyectos, no a la construcción, y que el personal que ha tenido de supervisión, siendo los contratistas los que han desarrollado las actividades de construcción.

Finalmente, **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** señaló que el siniestro ocurre por fuera de la vigencia de las pólizas de seguro, ya que, la póliza 11-45-101041233 tiene cobertura desde el 01 de julio de 2014, el contrato laboral inició el 06 de octubre de 2014; que no se puede establecer que los amparos descritos en el clausulado general sean los mismos de la póliza, por demás que no cuenta con cobertura respecto de indemnizaciones; que no pueden extenderse los efectos de las sanciones moratorias, pues no hizo parte de la relación contractual que generó su pago; y que las vacaciones no tienen carácter prestacional.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado para

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2016-00348 -02
Demandante: JORGE LUIS RAMOS MARTÍNEZ.
Demandado: PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., Y
AMARILO S.A.S.

alegar, el que fue utilizado por AMARILO S.A.S., para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar cuál es el valor de salarios devengados para los meses de abril a julio de 2015; si le asistió razón al A Quo al condenar al pago de sanciones moratorias; si AMARILO S.A.S. es solidariamente responsable de las condenas que se le impusieron a PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S.; y finalmente, si la póliza de seguro 11-45-101041233 tenía vigencia y cobertura de las acreencias laborales objeto de condena a AMARILO S.A.S.

Del Salario.

En aplicación e interpretación de lo normado en los arts. 127 y 128 del CST., es criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 ídem, por lo que para definir los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como **contraprestación directa del servicio**, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes, sentencias del 10 de julio de 2006, Rad. 27325, 03 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2016-00348 -02
Demandante: JORGE LUIS RAMOS MARTÍNEZ.
Demandado: PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., Y
AMARILO S.A.S.

julio de 2013, Rad. 40509, 09 de julio de 2014, Rad. 43696, 02 de agosto de 2017, Rad. 44416, SL-865-2019, y SL4866-2020, por citar algunas.

Del mismo modo, la jurisprudencia de cierre tiene sentado que, **es el empleador quien tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador, ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente**, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (SL12220-2017, SL1437-2018, SL5159-2018, y SL4663-2021). Y en sentencia SL4866-2020, concretamente dijo que:

“al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, y a éste, con el fin de no quedar compelido a asumir los efectos jurídicos que le son propios a un estipendio de esta naturaleza, deberá demostrar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio.//De ahí, que para la Sala, el solo dicho del empleador sin prueba alguna que acredite sus manifestaciones, carecen del mérito suficiente para descartar la naturaleza salarial del estipendio económico entregado de manera habitual y constante en la cuenta de ahorros del trabajador, en igualdad de condiciones al pago efectuado del salario básico”.

De las sanciones moratorias.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a las **sanciones moratorias**, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato o la falta de consignación de la cesantía estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador se ha sustraído de sus deberes y en cada caso el juez analizará si la conducta

remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJ SL12854-2016 y SL1005-2021).

De la Solidaridad.

Cuando una empresa contrata con un tercero el desarrollo de actividades puede fijarse en su cabeza responsabilidad solidaria frente a las obligaciones laborales incumplidas por tal tercero o contratista, a menos que estos servicios sean ajenos o extraños a las actividades normales de la empresa contratante, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 del C.S.T.¹

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

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

¹ “**ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.** <Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas”.

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

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

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

VI. Del caso en concreto.

No son objeto de controversia los siguientes hechos: **i)** La existencia de un contrato de obra o labor entre las partes entre el 06 de octubre de 2014 y el 29 de julio de 2015, el cargo de Oficial de Construcción; cargo y extremos temporales que también se pueden verificar en los documentos obrantes a folios 33, 37 y 43 del archivo 01); **ii)** la celebración de tres contratos de obra entre AMARILO S.A.S. y PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S, el primero, del 01 de julio al 15 de diciembre de 2014, el segundo, del 14 de enero al 30 de junio de 2015, y el tercero, del 03 de marzo al 30 de septiembre de 2015; los que tuvieron por objeto la disposición de mano de obra para la construcción de M.O. Estructura Torre 1, M.O. Estructura Industrializada Torre 2 Piso 2 al 11, y M.O. Estructura Industrializada Torre 2 Piso 12 al 21 de las obras Parque 175 (fls. 207 a 318 del archivo 01); **iii)** La suscripción de la póliza de cumplimiento n° 11-45-101041233 el 25 de julio de 2014 para el período de cobertura entre el 01 de julio de 2014 y el al 16 de diciembre de 2017 de la que es beneficiario AMARILO S.A. (fls.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2016-00348 -02
Demandante: JORGE LUIS RAMOS MARTÍNEZ.
Demandado: PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., Y
AMARILO S.A.S.

603 del archivo 01); y **iv)** la terminación del contrato de trabajo entre el demandante y PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S. el 29 de julio de 2015 comunicación en la que se anunció como causa del fenecimiento del vínculo la obra para la que fue contratado el actor, esto es, Torre 2 Parque 175 (fls.43 a 46 de archivo 01)

Adicional a la prueba documental obrante a folios 21 a 88, 207 a 379, 389 a 466, y 603 a 636 del archivo 01 comparecieron a rendir testimonio **Manuel Murillo Gamboa, María Paulina Restrepo y Oscar Alberto Vásquez Jiménez**, quienes manifestaron lo siguiente:

Manuel Murillo Gamboa dijo que trabajó para un Proyecto de AMARILO S.A. en la 175; que veía que el actor pegaba formaletas y tapaba muros; que él hacía lo mismo, pero que estaba en otra empresa; que había dos ingenieros que estaban asociados, pero ambos les daban órdenes tanto al actor como a él; que el actor devengaba \$60.000 diarios; que cuando se terminó el vínculo del actor, estaba trabajando con él y le dijeron que bajara a la oficina y ahí lo despidieron; que nunca pagaron primas ni cesantías; que ingresaba al proyecto por medio de un carné de la empresa que lo vinculó; que el actor entraba a las 7:00 A.M. y salía hasta las 11:00 P.M. o 1:00 A.M., sin horas extras; que el actor tuvo un accidente, y después de este salía a las 4:30 o 5:00 P.M.; que al actor lo mandaron para el almacén después del accidente; que los salarios al actor se los cancelaba John Sánchez y a veces el ingeniero; que antes del accidente al actor le impartía órdenes John Sánchez, y después el ingeniero; que el ingeniero era el dueño del proyecto y John Sánchez era el maestro encargado; que en caso de cometer un error les llamaba la atención una persona de AMARILO S.A., el señor Inciso; y que el control de nómina se lo hacían en la misma hoja que al actor, así como los pagos eran realizados por la misma persona.

Por su parte, **María Paulina Restrepo** explicó que es la Gerente de Talento de AMARILO S.A.; que está vinculada con AMARILO S.A. hace 10 años; que el actor nunca estuvo vinculado directamente con ellos; que no cuentan con personal obrero dedicado a estructuras; que actualmente sí tienen personal obrero, pero para el 2014, no, pues las obras se hacían con personal de contratistas; que el objeto de AMARILO S.A. es el gerenciamiento y desarrollo de proyectos; que no tenían injerencia directa sobre el personal de los contratistas; que no sabe cómo AMARILO S.A., autoriza a los contratistas y al personal ingresar a las obras que administra; que AMARILO S.A. desarrollaba proyectos de vivienda y comerciales en 2014; y que AMARILO S.A. supervisaba las obras que hacen los contratistas, por medio de los directores y los residentes de obra.

Finalmente, **Oscar Alberto Vásquez Jiménez** señaló que es Director SSTA, y que vinculado con AMARILO S.A. desde el 05 de enero de 2015; que el actor fue trabajador de una empresa contratista, empresa que le prestaba servicios a AMARILO S.A.; que AMARILO S.A. es una empresa que desarrolla y comercializa proyectos de construcción enfocados a vivienda en diferentes estratos y en diferentes ciudades del país; que el desarrollo de esas obras se hace por medio de empresas contratistas; que los trabajadores dedicados a la construcción son contratados a través de dichas empresas contratistas; que frente a la seguridad y salud del personal de las empresas contratistas tenían injerencia, pues les solicitaban que brindaran condiciones apropiadas a sus colaboradores, de modo que, vigilaban y acompañaban el cumplimiento de esto; que AMARILO S.A. tiene un protocolo desde el área de seguridad y salud en el trabajo para el desempeño de las actividades por parte de los trabajadores de los contratistas, que es el Manual de Seguridad y Salud en el Trabajo para Empresas Contratistas; que no sabe si AMARILO S.A. era propietario de las obras; que si AMARILO S.A. se percató que un trabajador de los contratistas es sorprendido desarrollando su trabajo en condiciones de inseguridad, dentro

del manual de contratistas hay un capítulo que habla sobre incumplimientos a este manual y con base en este se le menciona al trabajador sobre el comportamiento o acto inseguro que se presenta en la actividad y lo que debe hacer el encargado del contratista como representante del empleador es retirar a esa persona de la actividad, darle una retroalimentación frente a los temas de seguridad y salud en el trabajo, y tomar las medidas pedagógicas necesarias para que esa persona no vuelva a cometer dicha conducta.

Teniendo en cuenta el material probatorio, lo primero por resolver será el punto de apelación relativo al salario devengado por el demandante en el año 2015, evidenciando que por los meses de abril y mayo de 2015, (folios 85 a 88 del archivo 01), obran comprobantes de pago que dan cuenta que el demandante devengó la suma de \$644.350, y que le asiste razón al apoderado de PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S. en cuanto a que no hay un valor de horas extras y festivas laboradas, pues estas aparecen en “0” en la casilla “cantidad”, y los rubros que allí aparecen y que fueron sumados únicamente se refieren al valor de la unidad, por manera que, se tendrá el salario mínimo legal para calcular tales mensualidades.

En cuanto a los meses de junio y julio de 2015 a folio 79 del archivo 01 obra una certificación que da cuenta de los pagos efectuados, señalándose que por concepto de salario básico mensual se pagaba la suma de \$644.336, así como unas *“bonificaciones no liquidables por conceptos de producción, adelantos y prestamos”*, pues bien, para que dichos rubros pudieran ser considerados como salario era necesario que se demostrara que se pagaban de manera constante y habitual y así poner en cabeza del empleador la carga de demostrar que no se pagaban como contraprestación del servicio (SL4866-2022), no obstante, no obra prueba alguna que dé cuenta que se pagaban periódicamente, pues como se dijo únicamente se allegaron dos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2016-00348 -02
Demandante: JORGE LUIS RAMOS MARTÍNEZ.
Demandado: PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., Y
AMARILO S.A.S.

comprobantes de pago, en los que por demás no se hace alusión a bonificaciones.

En suma, no es dable entender que se trate de pagos reconocidos como contraprestación del servicio, pues si bien se aduce que se pagaban por producción, también se encuentra que se reconocían por concepto de “adelanto” o “préstamos”, por manera que, con tales elementos de valor no se podría determinar su calidad salarial. En consecuencia, el salario a tener en cuenta también será el salario mínimo legal.

Por lo dicho, se hace necesario reliquidar las prestaciones sociales y vacaciones, teniendo, luego de efectuados los cálculos de rigor, que se adeudan los siguientes valores: cesantías, \$639.349,03; intereses a las cesantías, \$42.596; prima de servicios, \$639.349,03; y vacaciones, \$500.499,03.

Así las cosas, se **MODIFICARÁN los literales a, d, y e del numeral segundo** de la sentencia para establecer los valores aludidos por concepto de cesantías, prima de servicios y vacaciones, no siendo así con los literales b y c referentes a los intereses a las cesantías, pues el resultante en primera instancia equivale a \$41.080, -suma levemente inferior a la hallada en esta instancia, \$42.596-, razón por la que, al no ser apelada por la activa será confirmada.

Por otra parte, y en lo que se refiere a las **sanciones moratorias**, evaluado el material probatorio no es mucho lo que se tiene que agregar al fallo de primera instancia, en la medida en que no se evidencia prueba que demuestre que el comportamiento del empleador -PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S.,- estuvo regido por el principio de la buena fe; por el contrario, con el material probatorio arrimado, la Sala concluye que el empleador se abstuvo de reconocer prestaciones sociales sin justificar su actuar, y el testimonio de **Manuel Murillo Gamboa permite afirmar** que pese a que el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2016-00348 -02
Demandante: JORGE LUIS RAMOS MARTÍNEZ.
Demandado: PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., Y
AMARILO S.A.S.

demandante trabajaba en el proyecto de obras Parque 175 pegando formaletas y tapando muros, recibía órdenes para el desarrollo de tal labor, y cumplía horarios en los que además laboraba tiempo extra, nunca le pagaron lo que le correspondía en su calidad de trabajador, como las prestaciones sociales; luego, dado que lo que se avizora en juicio es que no se justificó las razones de la conducta remisa del empleador se confirmará la imposición de sanciones moratorias.

En cuanto al asunto referido a la **solidaridad**, la Sala encuentra que el cargo que desarrollaba el actor era el de Oficial de Construcción, y que según el testimonio de Manuel Murillo Gamboa, sus funciones estaban dirigidas a pegar formaletas y tapar muros. Con ello la Sala procede a verificar el objeto social de AMARILO S.A.S., encontrando que en el certificado de existencia y representación legal del 07 de julio de 2016 se precisa lo siguiente:

“Objeto social. El objeto social de la sociedad es el siguiente: 1. La construcción e interventoría de toda la clase de edificaciones, obras civiles y bienes inmuebles en general, así como la realización en ellos de, mejoras, ampliaciones, remodelaciones, reparaciones etc., en terrenos o inmuebles propios o de terceros, o en participación con estos, bajo cualquiera de las formas contractuales permitidas por la ley. 2. La ejecución de obras de urbanización y/o parcelaciones en bienes propios o de terceros, bien sea para lotear o construir posteriormente cualquier clase de edificaciones. (...)”

De dicha prueba refulge nítido para la Sala que, contrario a lo argumentado por la procuradora judicial de d AMARILO S.A.S. en su apelación, dicha sociedad sí se dedica a las actividades de construcción, por lo que, al desarrollar funciones como Oficial de Construcción el demandante, sí estaba realizando oficios destinados a ejecutar el objeto social de AMARILO S.A.S., luego, dado que los contratos de obra celebrados entre AMARILO S.A.S. y PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S, tuvieron por objeto la disposición de mano de obra para la construcción de M.O. Estructura Torre 1, M.O. Estructura Industrializada Torre 2 Piso 2 al 11, y M.O. Estructura

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2016-00348 -02
Demandante: JORGE LUIS RAMOS MARTÍNEZ.
Demandado: PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., Y
AMARILO S.A.S.

Industrializada Torre 2 Piso 12 al 21 de las obras Parque 175, lugares donde el actor prestó sus servicios, es claro que AMARILO S.A.S. se beneficiaba de la labor desplegada por el actor, pues era quien desarrollaba los proyectos inmobiliarios aludidos, según se desprende de la cláusula primero de cada uno de dichos contratos (fls. 207 a 318 del archivo 01), y por ende, debe responder en solidaridad.

Frente al punto, los argumentos de la sociedad, que buscan desconocer su objeto social, no resultan atendibles, pues de conformidad con el artículo 110 del C.Co, este es un requisito para la constitución de la sociedad, en el cual deben indicarse de forma clara y completa sus actividades principales, y en ese orden de ideas, su capacidad, de conformidad con el artículo 99 ejusdem, de modo que, el actuar de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto; así, los actos que se incluyan en este, constituyen su marco de acción, del cual no puede salirse la sociedad pudiendo celebrar o ejecutar solamente los actos y contratos comprendidos dentro de este o que se relacionen directamente con él.

Así mismo, los testimonios de **María Paulina Restrepo y Oscar Alberto Vásquez Jiménez** no son la prueba idónea para determinar cuál es el objeto social de la empresa, pues este como ya se dijo se determina con el certificado de existencia y representación legal, el que como se dijo sí contempla actividades de construcción, por demás que, de sus declaraciones se logra extraer que efectuaban funciones de supervisión de las obras por medio de los directores y los residentes de obra, e intervenían en temas de seguridad y salud en el trabajo, funciones que se entiende eran desarrolladas por personal de AMARILO S.A.S., por cuanto como se dijo, esta era quien desarrollaba los proyectos inmobiliario en los que prestó sus servicios el actor, y se valieron de la mano de obra de este así como de otros trabajadores para el cumplimiento de tales proyectos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2016-00348 -02
Demandante: JORGE LUIS RAMOS MARTÍNEZ.
Demandado: PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., Y
AMARILO S.A.S.

Finalmente, habrá de advertirse que conforme al artículo 34 del C.S.T. el beneficiario o dueño de la obra, es solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, por lo que, en tal calidad debe de igual manera responder por las sanciones moratorias, pues estas son indemnizaciones, y en consecuencia se confirmará en tal sentido la sentencia.

Póliza de cumplimiento.

AMARILO S.A., llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A. con base, entre otras, en la póliza n° 11-45-101041233, la que tal y como advirtiere el A Quo tenía un tiempo periodo de cobertura por siniestros que ocurrieran entre el 01 de julio de 2014 y el 16 de diciembre de 2017 (fls. 603 del archivo 01), por lo que, al causarse las prestaciones sociales e indemnizaciones moratorias objeto de condena como consecuencia de la relación laboral, -la que como quedo visto tuvo vigencia del 06 de octubre de 2014 al 29 de julio de 2015-, ciertamente se encontraban amparadas por la póliza aludida pues se encuentra dentro de marco temporal.

Ahora, y en cuanto a la cobertura de las sanciones moratorias, ciertamente el clausulado general contiene en el numeral 1.5:

“1.5. AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES DE NATURALEZA LABORAL.

ESTE AMPARO CUBRE AL ASEGURADO POR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE CARÁCTER LABORAL A CARGO DEL TOMADOR/GARANTIZADO CON SUS TRABAJADORES, RELACIONADOS CON EL PERSONAL VINCULADO MEDIANTE CONTRATO DE TRABAJO PARA PARTICIPAR EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO GARANTIZADO Y SOBRE LAS CUALES ES SOLIDARIAMENTE RESPONSABLE EL ASEGURADO.

ESTE AMPARO NO SE EXTIENDE A CUBRIR EL PERSONAL DE LOS SUBCONTRATISTAS O A AQUELLAS PERSONAS VINCULADAS AL TOMADOR/GARANTIZADO BAJO MODALIDADES DIFERENTES AL CONTRATO DE TRABAJO, NI CUBRE EL PAGO DE OBLIGACIONES ANTE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIL NI OBLIGACIONES PARAFISCALES”.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2016-00348 -02
Demandante: JORGE LUIS RAMOS MARTÍNEZ.
Demandado: PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., Y
AMARILO S.A.S.

Conforme la norma transcrita resulta claro que las indemnizaciones como las sanciones moratorias sí están incluidas en la póliza de seguros, por lo que resultaba procedente que se ordenara su pago a cargo de esta llamada en garantía. Al punto se rememora, que conforme lo establece el artículo 1046 del C.Co, se denomina póliza al documento que recoge el contrato de seguro, la que en sentido amplio contiene, *“(i) la carátula, en la que se consignan las condiciones particulares del artículo 1047 ejusdem y las advertencias de mora establecidas en los cánones 1068 y 1152 del mismo código; (ii) el clausulado del contrato, que corresponde a las condiciones negociales generales o **clausulado general**; y (iii) los anexos, en los términos del artículo 1048 ejusdem”*, tal y como se explicó en sentencia SC2879-2022; en consecuencia, dicho clausulado general hace parte de la póliza y obligaba, por ende, a la aseguradora de los amparos que allí incluyera, lo que lleva a confirmar en el punto la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de AMARILO S.A. y SEGUROS DEL ESTADO S.A.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR los literales a, d, y e del numeral segundo de la sentencia para establecer que concepto de **cesantías** se debe pagar la suma de **\$639.349,03**, por **prima de servicios** la suma **\$639.349,03**, y por **vacaciones \$500.499,03**.

SEGUNDO – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-023-2016-00348 -02
Demandante: JORGE LUIS RAMOS MARTÍNEZ.
Demandado: PROYECTA INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S., Y
AMARILO S.A.S.

TERCERO – Costas en esta instancias a cargo de la AMARILO S.A.
y SEGUROS DEL ESTADO S.A.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a
cargo de cada una de las demandadas.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2017-00667 -01
Demandante: PEDRO ANTONIO DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ.
Demandado: BOILER INTERNACIONAL COLOMBIA S.A.S. INGENIERÍA
TERMODINÁMICA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en Grado Jurisdiccional de Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **PEDRO ANTONIO DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ** promovió contra **BOILER INTERNACIONAL COLOMBIA S.A.S. INGENIERÍA TERMODINÁMICA**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicita el reconocimiento y pago de su último salario, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, y sanción moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** Inició a laborar al servicio de la demandada el 02 de agosto de 2016, para desempeñar el cargo de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2017-00667 -01
Demandante: PEDRO ANTONIO DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ.
Demandado: BOILER INTERNACIONAL COLOMBIA S.A.S. INGENIERÍA
TERMODINÁMICA.

Instrumentador e Instalador; **2)** Devengaba \$1'200.000 mensuales; **3)** Prestaba sus servicios de forma personal, estando bajo continua subordinación y efectuando sus servicios dentro del horario de trabajo; **4)** Renunció a su trabajo; **5)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende; y **6)** El 25 de septiembre de 2017 elevó reclamación a su empleador de los rubros que se le adeudan, quien no ha emitido respuesta.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

La **demandada** (fls. 61 a 63 del archivo 01), contestó demanda **a través de su curador ad litem**, quien se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, y la genérica.

No aceptó ningún hecho. Indicó que se atenía a lo que resultara probado.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de providencia del 05 de abril de 2022, mediante la cual dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió la A Quo que no se logró demostrar la prestación personal del servicio, ante la orfandad probatoria, pues no existe acervo probatorio suficiente para determinar tal elemento.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el Grado Jurisdiccional de Consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado para alegar, el que no fue utilizado por estas.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del grado jurisdiccional de consulta.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior, la Sala encuentra que el problema jurídico se circunscribe a determinar si entre el demandante y BOILER INTERNACIONAL COLOMBIA S.A.S.- INGENIERÍA TERMODINÁMICA existió un contrato de trabajo, y si están acreditados sus extremos temporales.

Del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

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

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo¹.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

“[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia”.

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

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

En igual sentido, Igualmente, y en relación con la acreditación de los **extremos temporales** la misma corporación en sentencia del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada en la SL16110-2015, ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora: Así adoctrinó:

“Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.

En el sub lite los demandados en ningún momento admitieron las fechas de ingreso y retiro que señaló el actor en el escrito de demanda inaugural, pues no se cuenta con confesión en este sentido, máxime cuando el Curador Ad litem que los representó al contestar el libelo demandatorio, manifestó no constarle y que se atenía a lo que se demostrara (folio 90 del cuaderno del Juzgado); y por consiguiente la carga de la prueba en el específico punto de los extremos temporales se mantuvo en cabeza del trabajador demandante, la cual no se desplazó a la parte accionada ni se invirtió, como lo quiere hacer ver la censura”.

Del caso en concreto.

Está acreditado en juicio que entre las partes se celebró un contrato de trabajo el 02 de agosto de 2016 para que el actor desarrollara las funciones de Instrumentador Instalador con una remuneración de \$1'000.000 (fls. 14 a 16 del archivo 01).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2017-00667 -01
Demandante: PEDRO ANTONIO DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ.
Demandado: BOILER INTERNACIONAL COLOMBIA S.A.S. INGENIERÍA
TERMODINÁMICA.

Al proceso se incorporó la prueba documental obrante a folios 10 a 21 del archivo 01, sin que se hubiese logrado la comparecencia de testigos.

Así las cosas, considera la Sala que si bien al plenario se allegó un contrato de trabajo que data del 02 de agosto de 2016, lo cierto es que no existen elementos probatorios adicionales que den cuenta de la prestación personal de servicio del actor, tal y como lo advirtió la A Quo. Asimismo, de las probanzas allegadas tampoco se logra determinar ni siquiera en forma aproximada el extremo final de la relación laboral, pues el proceso está huérfano de prueba alguna que permita establecer hasta que fecha el accionante prestó sus servicios, o por lo menos un periodo en el que se ejecutó la relación laboral, lo que impediría incluso, liquidar las acreencias laborales pretendidas en la demanda.

En consecuencia, se considera que en tales condiciones no es dable declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, por lo que, le asiste razón a la juez de primera instancia en imponer sentencia absolutoria.

Por lo brevemente expuesto, la sentencia se CONFIRMARÁ.

VI.COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2017-00667 -01
Demandante: PEDRO ANTONIO DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ.
Demandado: BOILER INTERNACIONAL COLOMBIA S.A.S. INGENIERÍA
TERMODINÁMICA.

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **MARGARITA ROSA VILLA RÍOS** promovió contra **FIDUPREVISORA S.A. como administradora del P.A.R. CAPRECOM.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora solicita el pago actualizado de las diferencias salariales dejadas de percibir desde el 01 de enero de 2003 hasta el 31 de agosto de 2015, en el cargo de Profesional En Salud II, y desde el 01 de septiembre hasta el 28 de diciembre de 2015, en el cargo de Profesional Especializado, conforme los incrementos legales a cargo de la demandada; diferencias y/o pago actualizado de las

primas semestrales legales y convencionales, prima de navidad convencional, bonificación especial de diciembre, bonificación anual, vacaciones; prima de vacaciones, bonificación recreacional, y cuatro días especial de descanso de diciembre, cesantías, plan de atención complementaria, auxilio de guardería, auxilio de nutrición infantil, auxilio de transporte, auxilio de ruta de buses, incremento salarial extra convencional, quinquenios, y sanción moratoria.

Como fundamento relevante de sus pretensiones argumentó que: **1)** Se vinculó a CAPRECOM E.I.C.E. mediante contrato a término indefinido como Profesional En Salud II el 13 de junio de 1997, con una asignación salarial de \$550.000; **2)** El 01 de septiembre de 2015 comenzó a ejercer el cargo de Profesional En Salud Especializado con una asignación de \$4'300.829, cargo que ocupó hasta el 09 de mayo de 2016; **3)** SINTRACAPRECOM era el sindicato mayoritario de CAPRECOM, y le eran deducidos aportes sindicales mensualmente; **4)** El 14 de noviembre de 1996, CAPRECOM y SINTACAPRECOM celebraron convención colectiva de trabajo; convención que fue modificada posteriormente por la adenda del artículo 38 de la convención colectiva de trabajo 1997-1998, acta de acuerdo parcial del 03 de marzo de 1999, laudo arbitral del 01 de julio de 1999, acta extraconvencional de 2003, y las negociaciones de los pliegos de peticiones de 2011 a 2014; **5)** Mediante Acuerdo Extraconvencional de 2003 se suspendieron por diez años algunos derechos emanados de la convención colectiva; acuerdo que fue prorrogado cinco años más según Acta Extraconvencional de 2013; **6)** La reactivación de los beneficios convencionales estaban supeditados a la fusión o liquidación de CAPRECOM E.I.C.E., lo que ocurrió el 28 de diciembre de 2015; **7)** En el Acuerdo Extraconvencional de 2003 se convino no incrementar el salario de quienes devengaban más de \$750.000 para dicho año; **8)** El 12 de abril de 2016 le dieron por terminado su contrato de trabajo, señalándose de manera irregular que finiquitó el 30 de marzo de 2016; **9)** Los acuerdos extra convencionales se mantuvieron vigentes hasta el 2018, pese a que mediante Decreto 2519 de 2015 se había establecido la

liquidación de CAPRECOM E.I.C.E.; **10)** Como consecuencia de la aplicación de la condición resolutoria, hay lugar al pago de las acreencias laborales adeudadas; **11)** En el Acuerdo Extraconvencional de 2013 se pactó un incremento salarial para los profesionales de \$200.000, y para los tecnólogos de \$220.800, no obstante, este sólo se pagó en 2013; **12)** Atendiendo la convocatoria realizada por el liquidador, el 16 de marzo de 2016 efectuó la reclamación de sus acreencias laborales, las que se negaron mediante Resoluciones AL-02461 del 03 de mayo de 2016; y AL-05598 del 05 de julio de 2016; **13)** Mediante Acta de Conciliación del 05 de mayo de 2016, se acordó dar por terminado el contrato de trabajo, señalándose que los derechos convencionales causados antes del 28 de diciembre de 2015 podían ser reclamados; y **14)** Mediante Resolución AL-7192 del 08 de agosto de 2016 se declaró la pérdida de fuerza de ejecutoria parcial de la prelación legal de pagos por haber desaparecido su fundamento; acto administrativo frente al que se interpuso recurso de reposición, empero, fue confirmado en su integridad.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

FIDUPREVISORA S.A. como administradora del P.A.R. CAPRECOM (fls. 506 a 516 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción, incongruencia de las pretensiones frente a la aparente reclamación administrativa, cosa juzgada y no retroactividad de la norma laboral.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo entre la actora y CAPRECOM E.I.C.E. que inició el 13 de junio de 1997, en el que a partir del 01 de septiembre de 2015, la actora tenía el cargo de Profesional En Salud Especializado; la suscripción de la convención colectiva entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM el 14 de noviembre de 1996, así como la expedición de normas convencionales posteriores; la presentación de la reclamación de

acreencias laborales y su negativa; la celebración de un acta de conciliación que versaba sobre la terminación del contrato de la actora, y la expedición de la Resolución AL-7192 del 08 de agosto de 2016, en la que se declaró la pérdida de fuerza de ejecutoria parcial de la prelación legal de pagos por haber desaparecido su fundamento. No aceptó los demás hechos.

Indicó que de la revisión de los documentos convencionales no se aprecia que las partes hubiesen establecido la posibilidad que en caso de fusión o liquidación de CAPRECOM E.I.E.C. los beneficios suspendidos se reconocieran de manera retroactiva, en especial que de la revisión de las normas suspendidas en la mayoría de los casos es imposible que las acreencias se reconozcan por imposibilidad física, como lo sería, beneficios de cobertura de salud, dotaciones, servicio de transporte, descansos en época de navidad y año nuevo, prevención del SIDA, vacuna contra la hepatitis B, y reconocer nutrición infantil; y que no se estableció convencionalmente la posibilidad de que los rubros en mención se pagaran en dinero.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de providencia del 03 de mayo de 2022, mediante la cual dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de los acuerdos extraconvencionales suscritos entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM el 12 de junio de 2003 y el 07 de junio de 2013.

SEGUNDO: DECLARAR que la demandante devengó realmente los siguientes salarios durante la relación laboral, conforme a los incrementos salariales ordenados por el Gobierno Nacional:

Año	Salario
2002	\$ 2.004.939
2003	\$ 2.145.084
2004	\$ 2.284.300
2005	\$ 2.409.937
2006	\$ 2.526.819
2007	\$ 2.640.020
2008	\$ 2.790.237
2009	\$ 3.004.248

2010	\$ 3.064.333
2011	\$ 3.161.473
2012*	\$ 3.311.010
2013*	\$ 3.424.909
2014	\$ 3.491.352
2015	\$ 3.619.136
sep-15	\$ 4.342.964
2016	\$ 4.636.983

TERCERO: CONDENAR al P.A.R. CAPRECOM a pagar a la actora las siguientes sumas y conceptos:

Diferencias Salariales	\$ 12.526.035
Diferencias Cesantías	\$ 2.985.699
Diferencias P. Servicios	\$ 694.860
Diferencias Vacaciones	\$ 427.571
Diferencias P. Vacaciones	\$ 427.571
Diferencias P. Navidad	\$ 855.141
Diferencias Art. 49 CCT P. Junio	\$ 694.860
Diferencias Art. 50 CCT P. Navidad	\$ 427.571
Diferencias Art. 64 CCT B. Recreación	\$ 85.514
Diferencias Art. 67 CCT Quinquenio	\$ 588.406
Art. 28 CCT PAC	\$ 3.762.700
Art. 39 CCT Aportes Educativos	\$ 1.572.496
Art. 31 CCT Guardería	\$ 600.000

CUARTO: CONDENAR al P.A.R. CAPRECOM a pagar a la demandante indemnización moratoria, entre el 09 de agosto de 2016 y el 27 de enero de 2017, a razón de \$154.566 diarios, lo cual equivale a \$26'430.786, suma que deberá indexarse desde el 28 de enero de 2017 hasta la fecha en que se efectúe su pago.

QUINTO: ABSOLVER a P.A.R. CAPRECOM respecto de las pretensiones de auxilio de nutrición, auxilio de transporte, incremento salarial (acuerdo extraconvencional 2013), aporte educativo respecto de los estudios de la demandante y sus hijos Valentina y Andrés Gómez Villa, y descanso adicional.

SEXTO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido respecto de las pretensiones referidas en el ordinal quinto de esta providencia, exceptuando el aporte educativo, respecto del cual se declara probada la excepción de prescripción.

SÉPTIMO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción respecto de prestaciones causadas y no reclamadas con anterioridad al 09 de mayo de 2013, y del 09 de mayo de 2012 para el caso de las vacaciones y prima de vacaciones.

OCTAVO: DECLARAR no probada la excepción de cosa juzgada.

NOVENO: COSTAS en esta instancia a cargo del P.A.R. CAPRECOM. Se fijan como agencias en derecho la suma de 4 S.M.L.M.V.

En síntesis, refirió el A Quo, que no existió controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre la actora y P.A.R. CAPRECOM, así como tampoco de la calidad de afiliada de la actora a SINTRACAPRECOM; que los acuerdos extraconvencionales tienen plena aplicación cuando buscan mejorar o esclarecer beneficios convencionales; que son ineficaces los acuerdos extraconvencionales, pues no tuvieron como finalidad aclarar o mejorar beneficios convencionales, por el contrario, se introdujeron modificaciones en detrimento de los derechos que le habían sido reconocidos a los trabajadores, pues se buscó suspender beneficios que le eran pagados; que la actora

devengaba para 2002, \$2'004.939, motivo por el que se debe incrementar el salario a partir de tal anualidad, y como consecuencia pagar los beneficios convencionales, así como las diferencias de las prestaciones legales convencionales suspendidas mediante acuerdo extraconvencional de 2003; que las acreencias laborales extralegales suspendidas son el plan de atención complementaria, auxilio de transporte, descanso adicional, nutrición infantil, bonificación de recreación, guardería, aportes educativos, y descanso adicional; que se acreditó el pago del plan de atención complementaria por parte de la actora, por lo que, al estar pactado dicho beneficio convencionalmente y a cargo del empleador, hay lugar a su reembolso; que el descanso adicional se entiende subsumido en el pago de diferencias salariales; que no se acreditaron estudios de especialización por parte de la demandante para reconocer aportes educativos- no siendo así frente a su hija, Paula Andrea Geraldine Gómez Villa-; que el auxilio de guardería se reconoce hasta que los hijos de la actora cumplieron cuatro años; que no se allegó formula médica de nutrición infantil para su pago; que se pagó auxilio de transporte legal; que frente a los quinquenios, plan de atención complementaria, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, cesantías, vacaciones, son susceptibles su pago, pero únicamente en lo referente a las diferencias como consecuencia del incremento salarial; que debe imponerse sanción moratoria, ya que, la falta de pago de acreencias laborales tuvo un impacto negativo en la remuneración de la actora, no obstante, deberá pagarse desde el plazo de 90 días contados desde la terminación contrato de trabajo y hasta cuando CAPRECOM E.I.C.E. fue liquidada, esto es, por la suma de \$26'430.786, la que debe pagarse debidamente indexada; que operó la prescripción de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 09 de mayo de 2013, pues se terminó la relación laboral el mismo día y mes de 2016, se reclamó el 16 de marzo de 2016, y se demandó el 04 de noviembre de 2016, con excepción de las cesantías que se hacen exigibles desde la terminación del contrato de trabajo, así como las vacaciones y prima de vacaciones que tienen una prescripción de

cuatro años; y que no operó cosa juzgada, ya que, sólo puede recaer sobre circunstancias inciertas e indiscutibles, por demás que los derechos convencionales eran irrenunciables.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte demandada** manifestó que el juez se excedió en sus facultades ultra y extra petita al declarar la ineficacia de los acuerdos extraconvencionales de 2003 y 2013, pues en la demanda se estaba solicitando la aplicación de dichos acuerdos, y que en caso que se sucediera la liquidación de la entidad estos se aplicarían de forma retroactiva; que los acuerdos extraconvencionales fue un acuerdo entre los trabajadores y CAPRECOM E.I.C.E, y si bien se efectuó la suspensión de algunas acreencias laborales, en la negociación a la que se arribó, se reconocieron, otros; que el acuerdo extraconvencional de 2003 menciona como causal de terminación del acuerdo la liquidación de la entidad, sin que se mencione que exista retroactividad de las acreencias laborales; que en junio de 2013, los trabajadores solicitaron el reconocimiento de dichas acreencias laborales pero a partir de junio de 2013, en caso de liquidación de la entidad; que el acuerdo final fue, que en caso de liquidación de la entidad la convención colectiva conservaría su vigencia, y el acuerdo extraconvencional quedaría sin aplicación, de donde se desprende que no tenía efectos retroactivos; que a la actora se le reconocieron incrementos del salario en virtud de la ley y la convención, de modo que debería compensarse los valores que ya fueron pagados; que se debe verificar si había lugar al reconocimiento de cada prestación, más aún cuando se ordenó el pago de algunas en las que el beneficiario eran trabajadores de carácter asistencial; y que obraron de buena fe, por lo que, no hay lugar a sanción moratoria.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 27 de julio de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado para

alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las partes, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, así como a revisar la sentencia en Consulta a favor del PAR CAPRECOM, en atención a lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si los acuerdos extraconvencionales suscritos entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM el 12 de junio de 2003 y el 07 de junio de 2013 son ineficaces, y si como consecuencia de lo anterior, hay lugar al reconocimiento de las acreencias laborales y diferencias que fueron objeto de condena.

De los beneficios convencionales y acuerdos conciliatorios.

Conforme dispone el artículo 467 del C.S.T, la convención colectiva de trabajo tiene como fin el establecimiento de mejores condiciones de trabajo y de empleo, las que deben tener como fin mejorar la calidad de vida, la formación y la igualdad entre trabajadores. Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL16811-2017, dijo:

“(…)Por lo tanto, las estipulaciones de los acuerdos pueden transitar desde el establecimiento de **mejores condiciones de trabajo y de empleo, orientadas a mejorar la calidad de vida, la formación y la igualdad entre los trabajadores, hasta aquellos arreglos encaminados a superar las caídas y las crisis económicas**, proteger las fuentes de empleo y permitir la adaptabilidad de las empresas. Tal sería el caso de las cláusulas relativas al número de personas a contratar, supresión de puestos, traslados, entre otras medidas que dan cuenta del fin genuino de las convenciones colectivas de servir de instrumento de diálogo social para la edificación de relaciones

de trabajo constructivas, cooperadas y estables, donde todos los interlocutores sociales puedan crecer y prosperar conjuntamente”.
(Negrillas por la Sala).

La H. Corte Constitucional en sentencia **C-902 de 2003**, señaló que la Convención Colectiva de Trabajo, entendida como fruto de la negociación colectiva constituye un acto jurídico de forzoso cumplimiento para las partes que la suscriben, *“como quiera que se trata del cumplimiento de convenios que resultan de una negociación colectiva, en los cuales se establecen las condiciones rectoras de los contratos de trabajo que continúan en cabeza de cada uno de los afiliados hasta la terminación del contrato, evento en el cual desaparece la responsabilidad”*

Ahora, sobre la **validez de los acuerdos extraconvencionales** se ha pronunciado pacíficamente la Sala de Casación Laboral en repetidas ocasiones, en el sentido de indicar que tienen sentido aclaratorio y modificatorio, pero que estos últimos son válidos en la medida que mejoren las condiciones de los trabajadores o pacten prerrogativas superiores a favor de estos. En sentencia SL290-2019 en la que se reiteró la SL4455-2018 se dijo:

“FINALIDAD DE LOS ACUERDOS EXTRA-CONVENCIONALES.
Como ya lo ha dicho en múltiples ocasiones la Sala, y lo reiteró recientemente en la sentencia CSJ SL12575-2017, existe distinción entre los acuerdos extra convencionales que tienen carácter aclaratorio y los modificatorios, pues los primeros son aquellos que buscan esclarecer asuntos confusos y deficientes de lo que se pactó a través de un instrumento colectivo; mientras que los segundos, cambian aspectos que ya han sido previamente definidos en aquel o a introducir unos diferentes a los ya acordados.

También se adoctrinó en la sentencia CSJ SL2105-2015, que los acuerdos modificatorios únicamente son válidos en la medida que mejoren las condiciones pactadas en la convención, en tanto nada impide que los trabajadores o sus representantes, en caso de ser sindicalizados, pacten con sus empleadores prerrogativas superiores a las legal o convencionalmente establecidas.

En tal sentido, se pronunció la Corte en sentencia CSJ SL, 3 jul. 2008, rad. 32347 reiterada en la atrás reseñada y, entre otras, en la CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 39744 cuyo análisis jurisprudencial dio plena validez a un acuerdo extra convencional en el que se pactó un beneficio adicional para los trabajadores referente a la estabilidad.

Dijo en esa oportunidad la Corporación:

Nada se opone a que en el Derecho del Trabajo los trabajadores, bien sea por si mismos o representados por la organización sindical a la cual pertenecen, celebren acuerdos con los empleadores tendientes a regular diversas situaciones laborales y menos aún, tampoco puede haber oposición o ilicitud en cuanto con ellos se superen los mínimos derechos legales o inclusive convencionales. Si el simple acto unilateral de un empleador puede crear derechos para los trabajadores en tanto superen los mínimos legalmente establecidos, con mucha mayor razón ello puede aplicarse a los convenios directos que celebren con sus servidores.

Un acuerdo, como el que ahora ocupa la atención de la Sala, se convierte en ley para los contratantes sin desconocer el clásico principio que lo informa y según el cual debe ejecutarse de buena fe. Así se desprende claramente de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, que entre otros regulan el efecto de las obligaciones válidamente celebradas y de cuyas fuentes o nacimientos, señaladas en el artículo 1494 ibídem, vale la pena destacar el concurso real de voluntades de dos o más personas o el hecho voluntario de la persona que se obliga. (Resaltado fuera del texto).

Se tiene entonces que tales arreglos producen efectos para las partes, siempre que sean para aclarar o mejorar las condiciones que ya han sido pactadas, e incluso, no necesitan ninguna solemnidad y no requieren de depósito en los términos del artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, para gozar de plena validez”.

En el caso específico de los acuerdos extraconvencionales 2003 y 2013, se dispuso en sentencia SL2112-2022, lo siguiente:

“De acuerdo con las premisas reseñadas, se concluye que, a pesar que los instrumentos de negociación colectiva, entre ellos, los acuerdos extraconvencionales, pueden tener como objetivo, de conformidad con el artículo 1° del CST, salvaguardar a la empresa en tiempos de crisis económica, ello no significa que, con esa importante finalidad, las partes estén habilitadas para desconocer las normas de carácter imperativo sobre las modificaciones y la vigencia de las convenciones colectivas laborales.

Lo anterior, pues, se agrega, tales regulaciones están diseñadas para generar seguridad y confianza en la negociación colectiva, constitucionalmente protegida (artículo 55 superior), esto es, para garantizar en un ambiente en el que confluyen múltiples intereses contrapuestos, que ese ejercicio mancomunado, no se frustre irremediablemente, sino que, por el contrario, con los criterios generales y abstractos diseñados por el legislador, se logre partir de unas condiciones de previsibilidad mínima en el comportamiento de las partes, del cual ellas no pueden disponer válidamente, colocando en entredicho la vigencia de normas que son de orden público, como arriba se explicó.

Como el Tribunal no razonó el asunto, de la manera en la que le correspondía, esto es, atendiendo la naturaleza de la convención colectiva y la de la regulación sustantiva sobre la denuncia o revisión de ella; así como tampoco, la de su vigencia, la Corte halla fundada y próspera la acusación cuarta, pues, ciertamente, desde los soportes fácticos indiscutidos, aquél aplicó indebidamente el artículo 467 del CST en relación con los artículos 478 y 480 ibidem, tras cercenar los efectos del primer precepto.

En ese orden de ideas, debido a que esa infracción es suficiente para quebrar la sentencia recurrida, la Sala se relevará de analizar el cargo relacionado con la lectura no favorable de los acuerdos extra convencionales, especialmente, porque un pronunciamiento al respecto, sería reconocer, en contra de lo expuesto, la capacidad de producir efecto alguno de ese convenio suspensivo del pago de los beneficios extralegales (2003), o de la vigencia de las convenciones (2013)".

Finalmente, se rememora en relación con la **posibilidad de conciliar beneficios otorgados convencionalmente**, que la aludida Corporación señaló que en los casos en que se debate la aplicación de un acuerdo conciliatorio que desconoce un derecho convencional del cual es beneficiario un extrabajador, se debe desatender lo allí pactado por tratarse de un derecho cierto e indiscutible. En efecto, en sentencia SL983-2021, explicó:

"De otra parte, tampoco resulta admisible que a través de documentos privados suscritos entre el trabajador y el empresario, se renuncie a los derechos consagrados en una convención colectiva, en tanto que ello significaría desconocer su carácter normativo y los efectos vinculantes, lo que a no dudarlo limita la autonomía de las partes, por cuanto ese convenio colectivo constituye un derecho objetivo que se entiende incorporado al contrato laboral, de tal suerte que toda desmejora o cercenamiento de los beneficios producto de una negociación regulados en un instrumento extralegal, que se lleve a cabo en forma directa por el empleado y por fuera de los cauces legales en detrimento del debido proceso, carece de eficacia por infringir o desconocer el carácter de orden público de las normas laborales y el mínimo de prerrogativas, lo que hace que tales pactos extralegales sean irrenunciables, como de manera reiterada lo ha sostenido mayoritariamente la Sala.

Al respecto, se puede traer a colación la sentencia CSJ SL3071-2020, en donde se sostuvo:

importa a la Sala destacar que en tratándose de derechos laborales o de la seguridad social, la regla general es la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos conforme a lo previsto en los artículos 14 del Código Sustantivo del Trabajo, 3 de la Ley 100 de 1993 y 53 de la Constitución Política, entre otros, y que, por excepción, la transacción y la conciliación solo resultan admisibles respecto de derechos inciertos y discutibles (artículo

15 del CST). Otras normas reafirman esa regla; así, en materia de salarios, el artículo 149, y en cuanto a prestaciones, el 340, ambos del mismo Código citado.

Segundo, esta Corporación tiene adoctrinado de tiempo atrás que los derechos laborales ciertos e indiscutibles no son exclusivamente los contemplados en normas legales, sino también los previstos en convenciones, laudos o cualquier otro instrumento colectivo de carácter vinculante.

Y en providencia, CSJ SL, 10 feb. 2021, rad. 64664, también se dijo:

La certeza de un derecho no proviene de la causa que lo provoca, sino de su evidencia y seguridad, con independencia de que aquel sea legal o extra legal; de manera que como los aumentos aquí otorgados se habían consolidado, resultaban necesariamente ciertos. Ahora, la cualificación de «adquiridos» implica la acción de consecución, obtención y sobre ello no podía haber duda, pues no se discute que en las convenciones colectivas se había pactado el derecho implorado y aún más, se había concedido».

DEL CASO EN CONCRETO.

No existe controversia o se encuentra acreditado en juicio:

i) La vinculación de la demandante mediante contrato de trabajo a término indefinido como trabajadora oficial, a CAPRECOM E.I.C.E. del 13 de junio de 1997 al 09 de mayo de 2016, para desempeñar el cargo de Profesional En Salud II, así como el cambio de cargo a Profesional en Salud Especializado a partir del 01 de septiembre de 2015 (fls.231 a 234 del archivo 01); **ii)** La afiliación de la demandante a SINTRACAPRECOM el 02 de julio de 1998, sindicato que era de carácter mayoritario (fl.235 del archivo 01); **iii)** La suscripción de la Convención Colectiva de Trabajo 1997-1998 entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM el día 14 de noviembre de 1995, la cual cuenta con la nota de depósito respectiva, así como una adenda celebrada el 13 de agosto de 1998 (fls. 39, 43 a 72 del archivo 01); **iv)** La suscripción de la Convención Colectiva de Trabajo 2012-2013 el día 12 de septiembre de 2012 (fls. 114 a 136 del archivo 01); **v)** La suscripción el 12 de junio de 2003 del Acta de Acuerdo Extraconvencional entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM a través de la que se dispuso la suspensión temporal por diez años de algunos acuerdos convencionales, por la difícil situación financiera de la última entidad; lo que se prorrogaría mediante

Acuerdo Extraconvencional del 07 de junio de 2013 (fls. 41, 42, 99 a 106 y 159 a 177 del archivo 01); **vi)** El ingreso a proceso de liquidación de CAPRECOM E.I.C.E. a través del Decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015, a partir de la vigencia de dicha normatividad (fls. 178 a 212 del archivo 01); **vii)** El ofrecimiento de CAPRECOM E.I.C.E. a la demandante de la posibilidad de celebrar un plan de retiro consensuado, a través del que se pretendía pagar todas las acreencias laborales adeudadas a la actora, tales como, bonificación por servicios, primas semestrales, compensaciones de vacaciones, prima de vacaciones, bonificación recreacional, prima de navidad legal y convencional, bonificación especial de diciembre, prima de retiro, compensatorios, indemnización por retiro, bonificación del 40% y cuatros salarios (fls. 297 a 367 del archivo 01); y **viii)** La solicitud de pago de sus acreencias laborales convencionales por parte de la demandante el 16 de marzo de 2016, la que se rechazó de forma definitiva por la pasiva, a través de la Resolución AL-07192 del 08 de agosto de 2016 (fls. 261 a 379 del archivo 01).

De esta manera, lo primero que se hace necesario precisar es que el principio de congruencia no impone que una decisión corresponda exactamente a lo que se pidió, ciertamente no se solicita expresamente como pretensión la ineficacia de los acuerdos extraconvencionales de 2003 y 2013, sin embargo, de un estudio integral de la demanda, lo que se verifica es que la actora pretende que estos “*queden sin aplicación*”, y por ende, se reconozcan las acreencias laborales suspendidas, lo que incluso se señala en el hecho 14 de la demanda (fl.464 del archivo 01); sobre el tópico, en la sentencia SL2112-2022, en un caso en que se estudió la misma situación se determinó:

“Allende a lo anterior, exalta la Corporación que, en relación con esas súplicas y cimientos fáctico - jurídicos, tampoco resultaría incongruente otorgar el reconocimiento y pago de los derechos aducidos en la demanda, si se llegare a encontrar que la fuente convencional que los limitó es ineficaz, porque, aun si esa determinación constituyera, que no lo hace, una solución litigiosa distinta a la propuesta por las partes, en todo caso debe tenerse en cuenta, que el principio de congruencia no impone una decisión que corresponda exactamente, con la particular

visión litigiosa que propongan demandante o demandado en las piezas inaugurales del trámite.

Lo último porque, en acatamiento de los deberes propios del juez, al tenor de los artículos 29, 228 y 230 de la CP, 55 de la Ley 270 de 1996 y 48 del CPTSS, es a éste a quien le corresponde hallar la solución jurídica que garantice de mejor manera la consecución de los derechos en controversia, encontrándosele vedado alterar los hechos y las súplicas planteadas en el litigio, que, en el caso, se insiste, corresponden con: i) la suspensión de unos derechos extralegales, mediante un instrumento colectivo que no fue la convención y, ii) la inaplicación de esos acuerdos”.

Puntualizado lo anterior, le corresponde a la Sala verificar si tal y como lo advirtiera el A Quo los acuerdos extraconvencionales carecen de eficacia, para lo cual basta con rememorar que dichos acuerdos sólo son aplicables cuando mejoran condiciones de los trabajadores o aclaran aspectos confusos dentro de una convención colectiva de trabajo, pues de lo contrario las modificaciones que se realicen deberán hacerse a través de una nueva convención colectiva.

Así, al descender al caso concreto se tiene que, en el **Acuerdo Extraconvencional del 12 de junio de 2003**, se dispuso:

“3. - El Sindicato, debidamente autorizado por la asamblea de delegados, en compañía de los delegatarios, aceptan suspender parcial y temporalmente por un término inicial de 10 años las siguientes cláusulas:

a.- En el caso de las dotaciones extralegales causadas hasta el 30 de abril de 2003 y que no haya prescrito el derecho, se cederán en su totalidad, es decir, no habrá obligación alguna de la administración para pagar, ni en especie ni en dinero, a los trabajadores que hayan tenido el derecho, tengan el derecho y se queden dentro de la entidad después de la determinación definitiva de la planta de personal establecida en este acuerdo. La empresa entregará gradualmente las dotaciones legales hasta quedar a paz y salvo en junio de 2004.

b.- El artículo 28 y / o el que corresponda al título de Conservación y Desarrollo de derechos adquiridos en Salud, las partes acuerdan que se suspende en los términos del tiempo necesario dentro de los próximos 10 años, contados a partir de la fecha en que se firme el presente acuerdo. Los beneficiarios del PAC que al momento de suspensión de este artículo tengan tratamientos en curso, tendrán este derecho hasta por dos (2) meses, en los casos de patologías agudas y crónicas, previa evaluación médica avalada por la subdirección de EPS. Los

demás beneficios del PAC se suspenden desde la entrada en vigencia del Acuerdo.

Esta suspensión temporal de derechos no aplica para los pacientes que estén en los siguientes tratamientos a junio 6 de 2003: Ortodoncia y Ortopedia maxilar hasta por un término de dieciocho (18) meses contados a partir de la firma del presente acuerdo; para el caso del beneficio de educación especial, continuará como está establecido en la convención colectiva para aquellos beneficiarios que lo venían disfrutando hasta el 6 de junio de 2003.

c.- Artículo 41. Dotación: las partes acuerdan suspender por un término de 10 años contados a partir de la fecha en que se firme el presente acuerdo, la dotación extralegal. En consecuencia, solo se reconocerá la dotación legal, conforme a lo determinado en las leyes que regulan la materia.

d.- Artículo 47. Auxilio de transporte, las partes acuerdan suspender hasta por un término de 10 años contados a partir de la fecha en que se firme el presente acuerdo, el servicio de ruta de buses que tienen contemplado en ese artículo.

e.- Artículo 26. Descanso especial o adicional: Las partes acuerdan suspender temporalmente por el término de diez (10) años el presente.

f.- Artículo 35. Prevención del SIDA: Las partes acuerdan suspender temporalmente de la convención colectiva esta prestación por espacio de 10 años.

g.- Artículo 34. Vacunación contra la Hepatitis B: Las partes acuerdan suspender temporalmente esta prestación por el término de 10 años.

h.- Artículo 30. Nutrición Infantil: Las partes acuerdan una suspensión temporal inicial por 10 años contados a partir de la fecha en que se firme el presente acuerdo.

i.- Artículo 64. Bonificación de Recreación: Acuerdan las partes una suspensión temporal por 10 años contados a partir de la fecha en que se firme el presente acuerdo, del beneficio correspondiente al día extralegal de salario que está contemplado como bonificación especial de recreación, con ocasión del disfrute de vacaciones.

j.- Artículo 31. Guardería: Las partes acuerdan suspender temporalmente este artículo por 10 años contados a partir de la fecha en que se firme el presente acuerdo.

k.- Artículo 71. Dotación de libros: Las partes acuerdan que se suspende temporalmente por 10 años contados a partir de la fecha en que se firme el presente acuerdo.

l.- Las partes acuerdan, dada la crítica situación financiera, en especial este año de arranque en el evento en que se decreta aumento salarial por el gobierno nacional solo se incrementará el mismo a los funcionarios que devenguen hasta \$750.000 y sólo a partir de la fecha de expedición del decreto. En los años

subsiguientes de la vigencia de este acuerdo se atenderá a lo definido por el gobierno nacional.

m.- Artículo 39. Aportes Educativos: Las partes acuerdan temporalmente por espacio de 10 años este artículo de la convención.

n.- Sintracaprecom y los servidores públicos se comprometen a desarrollar un programa de mejoramiento del servicio con todos los trabajadores de Caprecom, en pro de desarrollo de una cultura del servicio, el respeto y el buen trato al cliente y la cultura del cero error, con el fin de convertir a la entidad en el corto plazo en una empresa eficiente y modelo en el sector de la salud (fls. 99 a 106 del archivo 01).

Conforme lo expuesto en líneas anteriores debe concluirse que el Acuerdo Extraconvencional citado, en efecto iría en desmedro de lo dispuesto en la Convención Colectiva de Trabajo que se encontraba vigente para la época de la celebración del aludido acuerdo extraconvencional, esto es, 1997-1998, pues ciertamente la suspensión de derechos laborales reconocidos convencionalmente, iban en desmedro de los derechos de los trabajadores de CAPRECOM E.I.C.E., sin que se observe que dicha entidad reconoció a cada uno de los trabajadores afectados con tal decisión algún tipo de beneficio que pudiera sopesar las consecuencia de tal acuerdo; por el contrario, lo que se avizora es que dicho acuerdo se soportó en la difícil situación financiera que estaba atravesando la aludida entidad, lo que no es una razón suficiente para considerarlo eficaz, pues para ello, el medio que tenían el sindicato y la empresa para lograr apalea los efectos de la crisis económica, y en consecuencia, reducir las conquistas logradas a través de la negociación colectiva era la celebración de una nueva convención colectiva de trabajo. En efecto, en la pluricitada sentencia SL2112-2022 sobre el tópico se dijo:

“Las consideraciones expuestas, no desconocen lo puntualizado en las sentencias CSJ SL3823-2020 y CSJ SL1309-2022, según las cuales, «[...] Cuando sea indispensable sortear crisis económicas o adoptar políticas de adaptación de los sectores y unidades productivas a los cambios del mercado, cualquier modificación a los convenios colectivos», es lógica, razonable y acorde con la finalidad de las negociaciones de esa naturaleza, acudiendo al «diálogo social».

Ello, en razón a que, en el marco de la «negociación colectiva», sin importar su instrumentalización, la empresa y el sindicato tienen la posibilidad de adoptar, «[...] medidas cooperadas para superar las situaciones críticas que afecten el funcionamiento de las empresas y, por tanto, que potencialmente puedan comprometer la continuidad de los puestos de trabajo».

En efecto, los acuerdos de esa naturaleza, abarcan «[...] todo tipo de decisiones que procuren [...] la participación justa de los trabajadores en los beneficios de la productividad» y, también, aquellas que logren «[...] la superación de las caídas o situaciones críticas que afecten la competitividad y solvencia empresarial».

Empero, lo que acentúa la Sala, es que, a pesar de esa importante finalidad del proceso de autocomposición colectiva entre la empresa y el sindicato, cuando con ese propósito se requiere de la variación de lo previamente concertado, a través de una convención colectiva, es decir, cuando de cierta forma, se necesita retrotraer las conquistas sindicales adquiridas, por virtud de la naturaleza de orden público de las regulaciones de tipo particular y nacional implicadas e, inclusive, del principio de progresividad, el único camino para los interlocutores sociales será la concertación de una nueva convención o la revisión de la existente.

Lo anterior, huelga anotar, no constituye trasgresión de los artículos 4° del Convenio 98 de la OIT, aprobado por la Ley 27 de 1976 y 2° del Convenio 154 de la OIT, aprobado por la Ley 424 de 1999, en razón a que los mismos no excluyen la regulación interna, sino que la complementan y, en esta, la CCT tiene carácter preferente por ser la máxima expresión del derecho a la negociación colectiva, garantizado en el artículo 55 de la CP.

Inclusive, si se analizan los citados convenios con la Recomendación 091 de 1951, que es criterio hermenéutico relevante «de las disposiciones constitucionales relacionadas con el derecho laboral», se colige que, contrario a lo afirmado por la censura, cualquier acuerdo entre el empleador y el sindicato, entre ellos, los llamados extra convencionales, no tienen entidad para modificar la convención colectiva de trabajo, en tanto que estas, como resultado de un conflicto colectivo, deben agotar los mecanismos legales para revisión o renovación, pues con ello se garantiza su estabilidad en el marco de la relación obrero patronal, dotando de seguridad jurídica la ejecución de los contratos a los que se incorpora, en el marco del artículo 467 del CST.

(...)En ese escenario, la ineficacia del acuerdo extra convencional, tampoco implica menguar la facultad de representación del sindicato en la suscripción de los acuerdos extra convencionales pues, se itera, atendido el carácter preferente que tanto la Constitución y la ley le han otorgado a la CCT, a la que también han blindado de estabilidad por nacer del conflicto colectivo, su modificación o derogatoria debe surtir por medio de los procedimientos legalmente establecidos, esto es, su denuncia o revisión, de cumplirse las condiciones previstas en los artículos 470 y 480 del CST, los cuales prevén

la intervención de esas formas de organización reivindicativa de sus trabajadores” (Negrillas por la Sala).

Por otra parte, y en cuanto al **Acuerdo Extraconvencional del 07 de junio de 2013**, ciertamente en este se amplió la vigencia del acuerdo extraconvencional de 2003 por cinco años, y ordenó un incremento salarial, la reactivación de algunos beneficios convencionales, y el pago de una bonificación; no obstante, dichos acuerdos resutan insuficientes para sopesar las consecuencias del acuerdo de 2003, por lo que, con este tampoco se podría arribar a la conclusión que hubo una mejora de la convención colectiva de trabajo 1997-1998. El aludido acuerdo estableció:

“[...] Ampliar la vigencia por cinco (5) años más, del Acuerdo extra convencional celebrado entre CAPRECOM y SINTRACAPRECOM, el 12 de junio de 2003, con las modificaciones que a continuación se enuncian. Las partes adicionalmente Acuerdan los siguiente, que será de aplicación en los términos aquí dispuestos:

a) A partir del 1° de junio de 2013, un incremento salarial de \$220.800, para los trabajadores Oficiales hasta el nivel de Tecnólogo y de \$200.000 para los Oficiales a partir del nivel profesional incluidos los Jefes Departamento.

b) Dejar sin efecto la suspensión acordada el 12 de junio de 2003 del artículo 26 de la partir del presente año. En consecuencia el beneficio de este artículo se reactiva a partir del presente año.

c) Se reafirma la plena vigencia y aplicabilidad del artículo 64 de la Convención Colectiva, en el sentido de que CAPRECOM reconocerá y pagará a sus trabajadores oficiales tres (3) días de salario como bonificación especial de recreación, con ocasión del disfrute de las vacaciones.

d) Caprecom cancelará a los trabajadores oficiales vinculados sin solución de continuidad, antes del 12 de junio de 2003, una bonificación por una única vez equivalente a doce (12) salarios mínimos de Caprecom, pagaderos así: seis (6) salarios mínimos de Caprecom el 30 de agosto de 2013, sin reajuste y seis (6) salarios mínimos de Caprecom el 31 de diciembre de 2013 a más tardar, con reajuste, sin que sean considerados estos pagos como salario.

e) CAPRECOM estudiará conjuntamente con SINTRACAPRECOM el reglamento para el reconocimiento de una prima de productividad para los Trabajadores Oficiales, en un plazo que no exceda los dos (2) meses contados a partir de la firma del presente Acuerdo.

f) SINTRACAPRECOM continuará teniendo un invitado permanente en la Junta Directiva de CAPRECOM, que permita al Sindicato hacer un seguimiento a los procesos de mejoramiento de la empresa.

PARÁGRAFO. Las partes acuerdan que en caso de la no viabilización de la entidad en los términos señalados en el Acuerdo extraconvencional del 12 de junio de 2003 y se determine por parte del Gobierno su fusión o liquidación, la Convención Colectiva conservará su vigencia y el Acuerdo extraconvencional quedará sin aplicación”.

Por tanto, se considera acertada la decisión del A Quo al declarar ineficaz los acuerdos extralegales de 2003 y 2013, pues ninguno de estos tiene como fin esclarecer aspectos oscuros de la Convención Colectiva 1996-1998, así como tampoco mejorar los beneficios logrados a través de esta.

Así mismo, en la conciliación suscrita por la actora con su empleador en virtud del plan de retiro al que se acogió, que milita a folios 403 a 409 del archivo 01, se salvaguardó los créditos reclamados administrativamente el 16 de marzo de 2016, pues en la cláusula 11 se dispuso que la actora declaró a paz y salvo al empleador por todo concepto, a excepción de *“lo correspondiente a la reclamación de acreencias laborales al proceso liquidatorio”*, de modo que no es dable predicar cosa juzgada.

En consecuencia, la declaratoria de ineficacia de los acuerdos extralegales se confirmará.

Prescripción, incremento salarial, y acreencias laborales legales y extralegales.

Al respecto se tiene que la accionante presentó reclamación administrativa el 16 de marzo de 2016 (fls. 261 a 264 del archivo 01), y que demandó el 05 de diciembre de 2017 (fl.451 del archivo 01), esto es dentro de los tres años de haberse efectuado la reclamación, por lo que logró interrumpir la **prescripción** de las acreencias laborales causadas dentro de los tres años anteriores a tal solicitud, esto es las causadas con posterioridad al 16 de marzo de 2013; de modo que, se hace necesario **MODIFICAR el**

numeral séptimo de la sentencia a fin de establecer que la prescripción operó sobre las acreencias laborales causadas con anterioridad al 16 de marzo de 2013.

Ahora, y en lo que respecta a los rubros objeto de condena, encuentra la Sala que se reconocieron los correspondientes a las diferencias salariales por la falta de incremento salarial; diferencias de cesantías, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, y prima de navidad de carácter legal; y prima de junio, prima de navidad, bonificación recreacional, quinquenios, plan de atención complementaria, aportes educativos, y guardería de carácter extralegal.

En lo que respecta al **incremento salarial**, encuentra la Sala que en la Convención Colectiva 1997-1998 se determinó en el artículo 45 lo siguiente:

“ARTÍCULO 45. AUMENTO SALARIAL.

A partir del 1º de Enero de 1997, el salario de los servidores públicos de CAPRECOM, será el sueldo propuesto por la Administración para el año 1996, a la Junta Directiva de CAPRECOM y aprobada por ésta, en sesión llevada a cabo el día 7 de noviembre de 1996, más un porcentaje, sobre ésta, que no será inferior al 10%. Para el año 1998 el aumento se hará de acuerdo al I.P.C. del sector salud.

PARÁGRAFO 1: En caso de aprobación por parte del Ministerio de Hacienda de un porcentaje mayor, se aplicará este último para el año 1997.

PARÁGRAFO 2 TRANSITORIO: Aquellos cargos que por efectos de la reestructuración queden con un incremento salarial inferior al 20% se reclasificarán al cargo inmediatamente superior que más lo acerque al promedio global, siempre y cuando cumplan los requisitos para ese cargo”.

Posteriormente, en el artículo cuarto del **Laudo Arbitral** del 01 de julio de 1999 se dispuso que el incremento salarial sería a partir del 14 de noviembre de 1998 el 16,5%, y a partir del 14 de noviembre de 1999, incrementará en un porcentaje igual al I.P.C. (fl. 97 del archivo 01).

Luego, en el Acuerdo Extraconvencional de 2003, las partes acordaron que *“dada la crítica situación financiera, en especial este año de arranque en el evento en que se decreta aumento salarial por el gobierno nacional solo se incrementará el mismo a los funcionarios que devenguen hasta \$750.000 y sólo a partir de la fecha de expedición del decreto. En los años subsiguientes de la vigencia de este acuerdo se atenderá a lo definido por el gobierno nacional”*.

De esta manera, considera la Sala que si bien para el año 2002, el salario de la accionante era la suma de \$2.004.939, esto es, una suma superior a \$750.000, se presentó una desmejora al no haberse efectuado el aumento salarial para 2003, lo que según la cláusula citada únicamente aconteció en este año, es decir, el año de arranque; lo que cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que en la constancia de salarios obrante en el archivo 11, se observa que el único salario que no se incrementó fue el del año 2003, circunstancia que en todo caso, debe advertirse, afectaría los años posteriores.

Posteriormente, a través de la Convención Colectiva 2012-2013 estableció en el artículo 45 que, *“CAPRECOM incrementará el salario de los trabajadores oficiales beneficiarios de la Convención Colectiva, para las vigencias fiscales 2012 y 2013, en un punto porcentual adicional al I.P.C. causado a 31 de diciembre de 2011 y al I.P.C. causado a 31 de diciembre de 2012, respectivamente”* (fl.129 del archivo 01).

Así las cosas, se tiene que el aumento salarial de 2002 a 2010, deberá realizarse sobre el incremento del I.P.C. según el Laudo Arbitral del 01 de julio de 1999, en 2011 y 2012 con un punto porcentual adicional al I.P.C., y desde 2013 nuevamente de conformidad con el aludido laudo, de modo que, los valores de los salarios son los siguientes:

AÑO	SALARIO	% REAJUSTE
2.002	\$ 2.004.939,00	6,99%
2.003	\$ 2.145.084,24	6,49%
2.004	\$ 2.284.300,20	5,50%
2.005	\$ 2.409.936,71	4,85%
2.006	\$ 2.526.818,64	4,48%
2.007	\$ 2.640.020,12	5,69%
2.008	\$ 2.790.237,26	7,67%
2.009	\$ 3.004.248,46	2,00%
2.010	\$ 3.064.333,43	3,17%
2.011	\$ 3.161.472,80	4,73%
2.012	\$ 3.311.010,47	3,44%
2.013	\$ 3.424.909,23	1,94%
2.014	\$ 3.491.352,46	3,66%
2.015	\$ 3.619.135,97	6,77%
2.015	\$ 4.342.964,00	6,75%
2.016	\$ 4.636.982,66	

De esta manera, se confirmará el numeral segundo de la sentencia, pues los valores expuestos por el A Quo son los mismos resultantes en esta instancia, y en consecuencia se procederá a verificar el valor que se debe pagar por concepto de diferencias salariales.

Al punto, se rememora que están prescritas las que se causaron con anterioridad al 16 de marzo de 2013, por lo que, en consecuencia, se deben pagar las siguientes sumas por concepto de **diferencias salariales**, según los comprobantes de pago visibles en el archivo 09:

DIFERENCIAS SALARIALES					
MES	SALARIO	SALARIO PAGADO	DIFERENCIA EN DÍAS	DÍAS	TOTAL
16/03/13	\$ 3.424.909,23	\$ 3.159.975,00	\$ 8.831,14	15	\$ 132.467,11
01/04/13	\$ 3.424.909,23	\$ 3.159.975,00	\$ 8.831,14	30	\$ 264.934,23
01/05/13	\$ 3.424.909,23	\$ 3.159.975,00	\$ 8.831,14	30	\$ 264.934,23
01/06/13	\$ 3.424.909,23	\$ 3.359.975,00	\$ 2.164,47	30	\$ 64.934,23
01/07/13	\$ 3.424.909,23	\$ 3.359.975,00	\$ 2.164,47	30	\$ 64.934,23
01/08/13	\$ 3.424.909,23	\$ 3.359.975,00	\$ 2.164,47	30	\$ 64.934,23
01/09/13	\$ 3.424.909,23	\$ 3.359.975,00	\$ 2.164,47	30	\$ 64.934,23
01/10/13	\$ 3.424.909,23	\$ 3.359.975,00	\$ 2.164,47	30	\$ 64.934,23
01/11/13	\$ 3.424.909,23	\$ 3.359.975,00	\$ 2.164,47	30	\$ 64.934,23
01/12/13	\$ 3.424.909,23	\$ 3.359.975,00	\$ 4.379,25	30	\$ 64.934,23
01/01/14	\$ 3.491.352,46	\$ 3.458.759,00	\$ 1.086,45	30	\$ 32.593,46
01/02/14	\$ 3.491.352,46	\$ 3.458.759,00	\$ 1.086,45	30	\$ 32.593,46
01/03/14	\$ 3.491.352,46	\$ 3.458.759,00	\$ 1.086,45	30	\$ 32.593,46
01/04/14	\$ 3.491.352,46	\$ 3.458.759,00	\$ 1.086,45	30	\$ 32.593,46
01/05/14	\$ 3.491.352,46	\$ 3.458.759,00	\$ 1.086,45	30	\$ 32.593,46
01/06/14	\$ 3.491.352,46	\$ 3.458.759,00	\$ 1.086,45	30	\$ 32.593,46
01/07/14	\$ 3.491.352,46	\$ 3.458.759,00	\$ 1.086,45	30	\$ 32.593,46
01/08/14	\$ 3.491.352,46	\$ 3.458.759,00	\$ 1.086,45	30	\$ 32.593,46
01/09/14	\$ 3.491.352,46	\$ 3.458.759,00	\$ 1.086,45	30	\$ 32.593,46
01/10/14	\$ 3.491.352,46	\$ 3.458.759,00	\$ 1.086,45	30	\$ 32.593,46
01/11/14	\$ 3.491.352,46	\$ 3.458.759,00	\$ 1.086,45	30	\$ 32.593,46
01/12/14	\$ 3.491.352,46	\$ 3.458.759,00	\$ 1.086,45	30	\$ 32.593,46
01/01/15	\$ 3.619.135,97	\$ 3.619.937,00	-\$ 26,70	30	-
01/02/15	\$ 3.619.135,97	\$ 3.619.937,00	-\$ 26,70	30	-
01/03/15	\$ 3.619.135,97	\$ 3.619.937,00	-\$ 26,70	30	-
01/04/15	\$ 3.619.135,97	\$ 3.619.937,00	-\$ 26,70	30	-
01/05/15	\$ 3.619.135,97	\$ 3.619.937,00	-\$ 26,70	30	-
01/06/15	\$ 3.619.135,97	\$ 3.619.937,00	-\$ 26,70	30	-

01/07/15	\$ 3.619.135,97	\$ 3.619.937,00	-\$ 26,70	30	-
01/08/15	\$ 3.619.135,97	\$ 3.619.937,00	-\$ 26,70	30	-
01/09/15	\$ 4.342.964,00	\$ 4.300.829,00	\$ 1.404,50	30	\$ 42.135,00
01/10/15	\$ 4.342.964,00	\$ 4.300.829,00	\$ 1.404,50	30	\$ 42.135,00
01/11/15	\$ 4.342.964,00	\$ 4.300.829,00	\$ 1.404,50	30	\$ 42.135,00
01/12/15	\$ 4.342.964,00	\$ 4.300.829,00	\$ 1.404,50	30	\$ 42.135,00
01/01/16	\$ 4.636.982,66	\$ 4.591.928,00	\$ 1.501,82	30	\$ 45.054,66
01/02/16	\$ 4.636.982,66	\$ 4.591.928,00	\$ 1.501,82	30	\$ 45.054,66
01/03/16	\$ 4.636.982,66	\$ 4.591.928,00	\$ 1.501,82	30	\$ 45.054,66
01/04/16	\$ 4.636.982,66	\$ 4.591.928,00	\$ 1.501,82	30	\$ 45.054,66
09/05/16	\$ 4.636.982,66	\$ 4.591.928,00	\$ 1.501,82	9	\$ 13.516,40
TOTAL					\$ 1.870.271,77

En consecuencia, hay lugar a reconocer por concepto de diferencias salariales la suma de **\$1'870.271,77**, de modo que al ser dicha suma inferior a la impuesta por el A Quo, **\$12'526.035**, se **MODIFICARÁ en tal sentido el numeral tercero**, en atención a la consulta que se efectúa en favor de la pasiva.

En lo referente a **prestaciones sociales y vacaciones de orden legal**, sea lo primero aclarar que CAPRECOM E.I.C.E. era una “*Empresa Industrial y Comercial del Estado del **Orden Nacional**, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, y en consecuencia su régimen presupuestal y de personal, será el de las Entidades Públicas de esta clase. Estará vinculada al Ministerio de Comunicaciones y la composición de su Junta Directiva será la que señala la presente Ley*”. En consecuencia, y siguiendo los lineamientos de las sentencias SL2862-2021 y SL4866-2021, le son aplicables los decretos 1042 y 1045 de 1978.

De esta manera, se procede a liquidar las **cesantías**, respecto de las que debe advertirse al tratarse de diferencias operó sobre la prescripción de las causadas con anterioridad al 16 de marzo de 2013, pues dicha prestación legal sí se pagó, no obstante, se hizo de forma deficitaria, por lo que, en tal sentido podía exigirse desde que se evidenció su reconocimiento de forma incompleta por parte del empleador. Por ende, tenemos que se debe pagar la suma de **\$184.717,35**, según las operaciones de rigor:

CESANTÍAS			
AÑO	VALOR A PAGAR	VALOR PAGADO	DIFERENCIA
2.013	\$ 3.424.909,23	\$ 3.359.975,00	\$ 64.934,23
2.014	\$ 3.491.352,46	\$ 3.458.759,00	\$ 32.593,46
2.015	\$ 4.342.964,00	\$ 4.300.829,00	\$ 42.135,00
2.016	\$ 4.636.982,66	\$ 4.591.928,00	\$ 45.054,66
TOTAL			\$ 184.717,35

En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de establecer que por valor de cesantías se debe reconocer la suma de **\$184.717,35**.

En lo que respecta a **prima de servicios**, se calculará teniendo en cuenta los factores salariales de que trata el artículo 59 del Decreto 1042 de 1978, encontrándose que únicamente arrojan diferencias las primas de servicios de diciembre de 2013, 2014 y 2015, así como la proporción de 2016, debiéndose pagar por tal concepto la suma de **\$298.711,25**, suma inferior a la dispuesta por el A Quo, \$694.860, por lo que, se **MODIFICARÁ**.

PRIMA DE SERVICIOS				
AÑO	SALARIO BASE	VALOR A PAGAR	VALOR PAGADO	DIFERENCIA
2.013	\$ 3.524.802,41	\$ 1.762.401,21	\$ 3.159.975,00	
	\$ 3.524.802,41	\$ 1.762.401,21	\$ 1.679.888,00	\$ 82.513,21
2.014	\$ 3.593.183,58	\$ 1.796.591,79	\$ 3.458.749,00	
	\$ 3.593.183,58	\$ 1.796.591,79	\$ 1.729.380,00	\$ 67.211,79
2.015	\$ 3.724.694,10	\$ 1.862.347,05	\$ 3.619.937,00	
	\$ 4.469.633,78	\$ 2.234.816,89	\$ 2.150.414,00	\$ 84.402,89
2.016	\$ 4.772.227,99	\$ 1.710.048,36	\$ 3'	\$ 64.583,36
TOTAL				\$ 298.711,25

En cuanto a las **vacaciones**, se hace necesario rememorar frente a la prescripción, que el artículo 45 del Decreto 1848 de 1969 prevé que el empleador tiene un año para conceder el disfrute de las vacaciones causadas. Asimismo, el artículo 46 ejusdem establece que luego de transcurrido este año, el empleado tiene un plazo de 30 días para solicitarlas, a partir del cual “comenzará a correr el término de prescripción de las mismas”, el cual es de tres años, según lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 3135 de 1968 (SL1174-2022). Por tanto, según las operaciones de rigor, y atendiendo a lo que se debió pagar proporcionalmente por cada día de vacaciones según los factores salariales de que trata el artículo 17 del Decreto 1045 de 1978, se tiene que se adeuda por concepto de diferencias de vacaciones

la suma de **\$224.386,35** valor inferior al impuesto por el A Quo, por lo que se **MODIFICARÁ.**

VACACIONES			
AÑO	VALOR A PAGAR	VALOR PAGADO	DIFERENCIA
13/06/2011 al 12/06/2012	\$ 1.979.708,34	\$ 1.826.567,25	\$ 153.141,09
13/06/2012 al 12/06/2013	\$ 2.025.732,46	\$ 1.992.318,39	\$ 33.414,07
13/06/2013 al 12/06/2014	\$ 2.084.820,87	\$ 2.068.048,82	\$ 16.772,05
13/06/2014 al 12/06/2015	\$ 2.164.008,47	\$ 2.164.420,66	
13/06/2015 al 09/05/2016	\$ 2.416.492,00	\$ 2.395.432,85	\$ 21.059,14
TOTAL			\$ 224.386,35

De igual manera, la **prima de vacaciones**, según las voces del artículo 28 del Decreto 1045 de 1978 “*se pagará dentro de los cinco días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del descanso remunerado se encuentra consagrada en el Decreto 1045 de 1978*”, y el artículo 24 ejusdem señala que “*no se perderá en los casos en que se autorizare el pago de vacaciones en dinero*”. Por tanto, era dable su reclamación desde los cinco días anteriores a la fecha señalada para el inicio de las vacaciones y, en consecuencia, sólo es dable efectuar su reconocimiento desde las vacaciones del periodo del 13 de junio de 2012 al 12 de junio de 2013, pues las anteriores se encuentran prescritas. En consecuencia, y teniendo en cuenta que se paga por quince días y con los mismos factores salariales de las vacaciones, se tiene que se debe pagar la suma de **\$71.245,27**, valor inferior al impuesto por el A Quo, \$427.571, por lo que se **MODIFICARÁ.**

PRIMA DE VACACIONES			
AÑO	VALOR A PAGAR	VALOR PAGADO	DIFERENCIA
13/06/2012 al 12/06/2013	\$ 2.025.732,46	\$ 1.992.318,39	\$ 33.414,07
13/06/2013 al 12/06/2014	\$ 2.084.820,87	\$ 2.068.048,82	\$ 16.772,05
13/06/2014 al 12/06/2015	\$ 2.164.008,47	\$ 2.164.420,66	
13/06/2015 al 09/05/2016	\$ 2.416.492,00	\$ 2.395.432,85	\$ 21.059,14
TOTAL			\$ 71.245,27

En lo referente a **prima de navidad**, acorde con los factores salariales establecidos en el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978, se tiene que el valor a pagar es la suma de **\$712.249,42**, valor inferior al impuesto por el A Quo, por lo que se **MODIFICARÁ.**

PRIMA DE NAVIDAD

AÑO	VALOR A PAGAR	VALOR PAGADO	DIFERENCIA
2.013	\$ 4.220.275,95	\$ 3.861.304,00	\$ 358.971,95
2.014	\$ 4.343.376,82	\$ 4.153.942,00	\$ 189.434,82
2.015	\$ 5.253.290,66	\$ 5.089.448,00	\$ 163.842,66
2.016	\$ 1.948.070,87	\$ 1.957.005,00	
TOTAL			\$ 712.249,42

Por otra parte, y en lo que respecta a las **diferencias acreencias laborales extralegales** reconocidas, se tiene que se deben pagar los siguientes valores:

Prima de junio extralegal. El artículo 49 convencional establece que se pagan 15 días adicionales a los que se pagan por concepto de prima legal en junio, por manera que se debe reconocer la suma de **\$366.587,41**, valor inferior al reconocido por el A Quo, \$694.860, por lo que se MODIFICARÁ.

PRIMA DE SERVICIOS DE JUNIO EXTRALEGAL				
AÑO	SALARIO BASE	VALOR A PAGAR	VALOR PAGADO	DIFERENCIA
2.013	\$ 3.524.802,41	\$ 1.762.401,21	\$ 1.579.988,00	\$ 182.413,21
2.014	\$ 3.593.183,58	\$ 1.796.591,79	\$ 1.729.380,00	\$ 67.211,79
2.015	\$ 3.724.694,10	\$ 1.862.347,05	\$ 1.809.968,00	\$ 52.379,05
2.016	\$ 4.772.227,99	\$ 1.710.048,36	\$ 1.645.465,00	\$ 64.583,36
TOTAL				\$ 366.587,41

En lo que respecta a la **prima de navidad convencional**, el artículo 50 convencional señala que se pagarán 15 días adicionales a lo que se paga por concepto de prima de navidad, de modo que se debe reconocer la suma de **\$356.124,71**, valor inferior al reconocido por el A Quo, \$427.571, por lo que, se **MODIFICARÁ**.

PRIMA DE NAVIDAD			
AÑO	VALOR A PAGAR	VALOR PAGADO	DIFERENCIA
2.013	\$ 2.110.137,97	\$ 1.930.652,00	\$ 179.485,97
2.014	\$ 2.171.688,41	\$ 2.076.971,00	\$ 94.717,41
2.015	\$ 2.626.645,33	\$ 2.544.724,00	\$ 81.921,33
2.016	\$ 899.791,13	\$ 978.503,00	
TOTAL			\$ 356.124,71

En lo que respecta a la **bonificación por recreación**, el artículo 64 convencional señala que se reconocen tres días de salario con ocasión del disfrute de vacaciones, por tanto, se debió pagar la suma de **\$14.258,25**, valor inferior al impuesto por el A Quo, \$85.514, por lo que se MODIFICARÁ.

BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN

AÑO	VALOR A PAGAR	VALOR PAGADO	DIFERENCIA
13/06/2012 al 12/06/2013	\$ 342.490,92	\$ 335.997,50	\$ 6.493,42
13/06/2013 al 12/06/2014	\$ 349.135,25	\$ 345.875,90	\$ 3.259,35
13/06/2014 al 12/06/2015	\$ 361.913,60	\$ 361.993,70	
13/06/2015 al 09/05/2016	\$ 463.698,27	\$ 459.192,80	\$ 4.505,47
TOTAL			\$ 14.258,24

En lo que respecta a **quinquenios**, el artículo 67 convencional señala que, por cada cinco años cumplidos de labor, se reconocen un valor en días de salario; es así que cuando se cumplieron 15 años, esto es, el 13 junio de 2012, se debió proceder a su reconocimiento, no obstante, y dado que se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción las acreencias laborales causadas con anterioridad al 16 de marzo de 2013, la solicitud de reajuste de dicho quinquenio se encuentra prescrito. Asimismo, el quinquenio del cumplimiento de los 20 años de servicios por parte de la actora se causaría el 13 de junio de 2017, fecha en la cual ya había terminado la relación laboral, por lo que no nació a la vida jurídica. En consecuencia, se **REVOCARÁ** el reconocimiento de las diferencias por concepto de dicha prestación.

Por otra parte, y en lo que respecta al **plan complementario de salud**, el parágrafo del artículo 28 convencional señala que su reconocimiento a favor de trabajadores que estén vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 314 de 1996, como es el caso de la actora; motivo por el que al acreditarse un pago por tal concepto para los periodos de 2013 y 2014 por la suma de **\$3'972.999,25** (fl.290 y 291 del archivo 01), hay lugar al reembolso de tal suma favor de la actora; no obstante, y dado que el A Quo, impuso una suma inferior **3'762.700**, sin que fuera objeto de apelación por la demandante, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* no se modificará.

En cuanto a **aportes educativos**, se encuentra que se reconoció por la hija Paula Andrea Geraldine Gómez Villa, respecto a lo que establece el artículo 39 convencional que es procedente para los hijos de los trabajadores que adelantaren estudios de preescolar, primaria, secundaria, carreras intermediarias, técnicas y universitarias, así para los años de

1997 y 1998 el IPC certificado del DANE sobre el valor reconocido en 1996 y 1997; de esta manera, es claro de su tenor literal que, no se trata de una cláusula normativa general, es una especial, y en consecuencia las partes supeditaron la aplicación de la prerrogativa a un determinado periodo, por lo que no puede entenderse que fue prorrogada automáticamente junto con la convención, por lo que, no hay lugar a su pago, y por ende se REVOCARÁ (consultar sentencias del 07 de noviembre de 2012, rad. 4733, reiterada en la SL11681-2015 y SL2112-2022).

Finalmente, la **guardería** se encuentra contemplada en el artículo 31 convencional que señala que, se reconoce un ayuda de \$100.000 anual por hijo que estén entre el tercer mes y los cuatro años. Al punto, tenemos que el A Quo lo reconoció por los hijos Valentina y Andrés Gómez Villa, quienes nacieron el 01 de febrero de 2011, de modo que, había lugar a su pago desde el 01 de abril de 2011 hasta el 01 de febrero de 2014, en consecuencia, había lugar al reconocimiento de las anualidades de 2013 y 2014, es decir, **\$400.000**, por lo que se **MODIFICARÁ** tal numeral, pues el A Quo impuso \$600.000.

Por otra parte, y en cuanto a la **sanción moratoria**, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer su procedencia es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de acreencias laborales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, el juez debe entrar a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado

con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJ SL12854-2016 y SL1005-2021).

Descendiendo al caso de marras, se tiene que la decisión de suspender los efectos de algunas cláusulas de la C.C.T., tuvo como presupuesto el establecimiento de relaciones entre los trabajadores y la empresa, con el fin de asumir un compromiso conjunto de acciones que la hicieran viable, en tanto que los costos fijos superaban su capacidad de ingreso, a lo que se aunó la decisión de la Superintendencia Nacional de Salud que le revocó la autorización para operar en el negocio de la salud, por lo que el empleador y su sindicato acordaron poner en marcha algunas medidas con el objeto de salvar la entidad, entre ellas las que acuerdan la suspensión temporal de determinadas cláusulas de la CCT. Ahora bien, tal como se expuso en precedencia, ha sido clara la jurisprudencia de nuestro Órgano de Cierre al pregonar la validez de los acuerdos extra convencionales, siempre y cuando sean favorables al trabajador, al no tener la capacidad de reemplazar estos la convención colectiva; y que, cuando tienen otro fin, como en este caso lo fue, de restringir beneficios ya alcanzados, ello debe someterse a la negociación de una nueva C.C.T., so pena de ineficacia; empero frente al análisis de la conducta del empleador para efectos de la sanción moratoria, el análisis pormenorizado del caso le permite llegar a la Sala a la conclusión holgada de ausencia de mala fe por parte del empleador y por el contrario, lo que se percibe es un interés **mancomunado** de preservación de la unidad de producción económica de ambas partes y de ello no puede la Sala derivar más que razones atendibles para justificar su actuar, sin percibir una intención oculta o falsa del empleador para negarse a pagar las obligaciones laborales contraídas, motivos por los que, en consecuencia, **se REVOCARÁ** el numeral cuarto de la sentencia, y en su lugar, se ABSOLVERÁ a la demandada de reconocer y pagar indemnización moratoria.

VII.COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia, en cuanto se efectuó condena por concepto de **quinquenios y auxilios y/o aportes educativos**, para en su lugar ABSOLVER a la demandada del reconocimiento y pago de tales rubros.

SEGUNDO. - MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de establecer que por concepto de diferencia de salarios, cesantías, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios de junio convencional, prima de navidad convencional, bonificación por recreación convencional, y guardería convencional, se deben pagar lo siguientes conceptos, **\$1'870.271,77, \$184.717,35, \$298.711,25, \$224.386,35, \$71.245,27, \$712.249,42, \$366.587,41, \$356.124,71, \$14.258,25, y \$400.000,** respectivamente.

TERCERO - REVOCAR el numera cuarto de la sentencia. En su lugar se ABSUELVE a la demandada del reconocimiento y pago de la indemnización moratoria.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2017-00772 -01
Demandante: MARGARITA ROSA VILLA RÍOS.
Demandado: FIDUPREVISORA S.A.

CUARTO – **MODIFICAR el numeral séptimo** de la sentencia, de establecer que la prescripción operó sobre las acreencias laborales causadas con anterioridad al 16 de marzo de 2013.

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

SEXTO – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte actora, POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ LTDA. y CEDIT LTDA. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **RUTH AUXILIO CORREA PUERTA** promovió contra **POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ LTDA., CENTRO DE ESPECIALISTAS DIAGNÓSTICO Y TRATAMIENTO CEDIT LTDA., LIBLUCCELL LTDA., LIBARDO CORDÓN ASTROZ, FABIÁN ALEJANDRO y LUISA FERNANDA CORDÓN TORRES.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 16 de enero de 2008 al 28 de septiembre de 2016, con las demandadas; y que la relación laboral terminó de manera unilateral y sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior,

solicita que las demandadas reconozcan en solidaridad dotaciones, horas extras, indemnización por despido sin justa causa, indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización moratoria, lucro cesante, daño emergente, y perjuicios morales.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** LIBARDO CORDÓN ASTROZ, FABIÁN ALEJANDRO y LUISA FERNANDA CORDÓN TORRES, son accionistas de las empresas demandadas; **2)** El 16 de enero de 2008 ingresó a trabajar la accionante al POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ LTDA. como auxiliar de servicios generales, mediante contrato de trabajo a término indefinido; **3)** Prestaba sus servicios de manera personal en las instalaciones de las demandadas, o donde estas señalaran; **4)** Cumplía una jornada de ocho horas diarias sin descanso, por lo que laboraba ocho horas extras a la semana, sólo descansaba un domingo cada 15 días; **5)** Devengaba el salario mínimo; **6)** Nunca le pagaron horas extras, así como tampoco le fueron suministradas dotaciones ni fue afiliada a seguridad social integral; **7)** El 15 de diciembre de 2015 sufrió un accidente de trabajo lo que le produjo una contusión de rodilla, dificultad para respirar, fractura de costilla, y trauma de muñeca izquierda y pierna derecha; **8)** El 12 de abril de 2016 le dieron por terminado su contrato de trabajo, señalándose de manera irregular que finiquitó el 30 de marzo de 2016; **9)** El 28 de marzo de 2016 le fue informado que sería trasladada a CEDIT LTDA., en donde le celebraron un contrato de trabajo a término fijo que tenía como fecha de finalización el 28 de septiembre de 2016; **10)** El 04 de agosto de 2016 se le notifica la terminación del contrato de trabajo por parte de CEDIT LTDA.; no obstante, les señala su situación de salud; **11)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

La parte demandada (fls. 326 a 358 del archivo 05), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00019 -01
Demandante: RUTH AUXILIO CORREA PUERTA.
Demandado: POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ LTDA. Y OTROS.

excepciones de mérito la ausencia de contrato laboral entre la demandante y LUBLUCCELL LTDA., LIBARDO CORDÓN ASTROZ, FABIÁN ALEJANDRO y LUISA FERNANDA CORDÓN TORRES; ausencia de causa para demandar a la sociedad POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ y CEDIT LTDA.; prescripción; pago; y buena fe.

Aceptó que LIBARDO CORDÓN ASTROZ, FABIÁN ALEJANDRO y LUISA FERNANDA CORDÓN TORRES son accionistas de las personas jurídicas demandadas; que la actora ingresó a laborar al POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ el 16 de enero de 2008 en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales mediante contrato de trabajo a término indefinido; que el 15 de diciembre de 2015, la demandante sufrió un accidente, lo que le produjo una contusión de rodilla, dificultad para respirar, fractura de costilla, y trauma de muñeca izquierda y pierna derecha; que el 28 de marzo de 2016, se le notificó a la actora el cambio de sede; y que el contrato con el policlínico terminó el 30 de marzo de 2016. No aceptó los demás hechos.

Indicó que la demandante no le prestó ningún tipo de servicio a LUBLUCCELL LTDA.; que las personas naturales no conocen a la demandante y esta no les prestó un servicio directamente; que la actora prestó servicios al policlínico de lunes a sábado, ochos horas diarias, y ocasionalmente un domingo, liquidándose las correspondientes horas extraordinarias cada mes; que pagó las respectivas prestaciones sociales, así como otorgó vacaciones; que el contrato de trabajo con el policlínico terminó por renuncia presentada por la actora; que el contrato con CEDIT LTDA. terminó con ocasión de la expiración del plazo pactado, pagándose las correspondientes acreencias laborales a favor de la actora; y que no está acreditado ningún porcentaje de pérdida de capacidad laboral, lo que impide establecer que la actora goza de estabilidad laboral reforzada, así como el reconocimiento de perjuicios materiales.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de providencia del 19 de enero de 2022, mediante la cual dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR solidariamente a las demandadas POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTA LTDA, y CEDIT LTDA. a pagar la indemnización por terminación el contrato sin justa causa a la actora por el valor de \$4'287.389 suma que deberá ser indexada al momento de su pago según el I.P.C. certificado por el D.A.N.E.

SEGUNDO: ABSOLVER a LIBLUCCELL LTDA. LIBARDO CORDÓN ASTROZ, FAVIAN ALEJANDRO y LUISA FERNANDO CORDÓN TORRES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante.

TERCERO: CONDENAR en costas a POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ LTDA., y CEDIT LTDA, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.

Se **adiciona** sentencia, indicando que existió contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ LTDA. vigente entre el 16 de enero de 2008 al 28 de septiembre de 2018.

En síntesis, refirió la A Quo, que no existió controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo de la demandante con POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTA LTDA. que inició el 16 de enero de 2008, así como tampoco que devengaba un salario mínimo; que si bien se aportó una carta de renuncia de la actora con fecha 12 de abril de 2016, se consignó como fecha de terminación el 30 de marzo del mismo año, por demás que existe documental que da cuenta de un traslado y del dicho de los testigos se puede desprender que la actora prestaba servicios a CEDIT LTDA., por lo que, en virtud del principio de la primacía de realidad sobre las formalidades entendió que había un solo contrato; que por lo anterior, la vinculación con el CEDIT LTDA., debía tenerse como inexistente, y en ese orden de ideas, la terminación por vencimiento del plazo pactado efectuada por esta, de modo que existía causa para el pago de indemnización por despido injusto; advirtió la inviabilidad de reconocer horas extras, puesto que no se demostró en juicio los días que se laboraron pues fuera de la jornada ordinaria; que no es posible

ordenar la sanción moratoria, ya que, se demostró el pago de las diversas acreencias laborales a la fecha de terminación del vínculo laboral; que no hay lugar a dotaciones, pues en interrogatorio de parte se aceptó su reconocimiento y no se demostraron los perjuicios que se causaron por dicho concepto; que no está demostrado que el accidente que se alega hubiera sido consecuencia del actuar o de omisiones del empleador; y que no hay lugar a reconocer indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ya que, no está demostrada una pérdida de capacidad laboral, así como tampoco que para el momento del despido estuviera en estado de discapacidad.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** manifestó respecto a la responsabilidad solidaria que, el artículo 36 del C.S.T. establece que son solidariamente responsables de las sociedades de personas, sus miembros; que hay lugar a sanción moratoria, ya que, existió un solo contrato, se trató de disfrazar de mala fe una relación laboral, por demás que no se pagó de manera completa esa liquidación.

Por su parte, **POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ LTDA., y CEDIT LTDA.** señalaron que la comunicación del 28 de marzo de 2016 fue desvirtuada por la carta de renuncia que presentó la actora el 30 de marzo de 2016; que en esta comunicación se dio por terminado el contrato de manera voluntaria y no inducida, se avizora mala fe, por demás que la comunicación del 28 de marzo de 2016 viene de una persona ajena al policlínico; y que CEDIT LTDA., es una empresa independiente del policlínico, y se debió tener por ende, su relación como ajena a la del aludido policlínico.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de junio de 2022, se admitieron los recursos de

apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado para alegar, el que no fue utilizado por las partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar, si la demandante laboraba de forma simultánea con el POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTA LTDA. y con CEDIT LTDA.; si hay lugar al reconocimiento y pago de sanción moratoria; y si las personas naturales demandadas deben responder en solidaridad en su calidad de accionistas.

Del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de

un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo¹.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado, con inmodificable persistencia, que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción (ver al respecto sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017)

Así, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

Del caso en concreto.

No son objeto de controversia o, están acreditados en el proceso, los siguientes hechos: **i)** La existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la actora y el POLÍCLINICO SANTA FE DE BOGOTÁ LTDA. del 16 de enero de 2008 como Auxiliar de Servicios Generales, devengando un salario mínimo (fl.26 del archivo 01); **ii)** la celebración de un contrato a término fijo entre la actora y CEDIT LTDA., que tuvo vigencia del 29 de

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

marzo de 2016 al 28 de septiembre de 2016 (fls. 24 y 25 del archivo 01); **iii)** el preaviso de no prórroga del contrato por parte de CEDIT LTDA., el 04 de agosto de 2016, con efectos a partir del 28 de septiembre del mismo año (fls. 29 y 31 del archivo 01); y **iv)** La calificación de pérdida de capacidad laboral de la actora por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, el 15 de octubre de 2021, señalándose que la actora presentaba un 0% de P.C.L. (archivo 13).

Adicional a la prueba documental obrante a folios 5 a 87 del archivo 01, 10 a 325 del archivo 05, archivo 13, y folder 02 de la carpeta CDSdelExpediente, se recibieron los **testimonios** de Lady Julieth Sánchez Correa, María Gloria Avendaño Astroz, Libia Benedicta Hernández Torres, e Ingrid Carolina Mendoza Malaver quienes manifestaron lo siguiente:

Lady Julieth Sánchez Correa, afirmó ser la hija de la demandante, quien trabajó al servicio de las tres demandadas; que lo anterior, le consta porque acompañaba a su mamá cuando tenía que cerrar porque era tarde; que a la hora del almuerzo iba al policlínico y veía a su madre planchando la ropa para CEDIT LTDA, e incluso le ayudaba a doblar compresas para que acabara más rápido; que su madre hacía el aseo en el policlínico hasta cierta hora, luego planchaba la ropa para CEDIT LTDA., iba a cerrar el centro comercial Milenio Plaza, y por órdenes de su jefe iba a hacer mandados, como consignar dineros; que desconoce por qué le terminaron el contrato de trabajo; que a la demandante le tocaba llevar papeles a LIBLUCCELL LTDA.; que su madre todo el tiempo planchaba para el policlínico y llevaba al CEDIT LTDA. la ropa; que la actora nunca firmó una carta de renuncia porque estaba contenta con su trabajo, lo necesitaba; que trabajaba desde las 6:00 A.M. en el policlínico, planchaba porque a las 3:00 P.M. debía entregar la ropa al CEDIT LTDA. hasta las 5:30 pm, y luego, la llamaban para cerrar el centro comercial; que su madre no descanso muchas veces porque era la hora de planchada; que a las 11:00 A.M., su madre no se iba para la casa, ella almorzaba

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00019 -01
Demandante: RUTH AUXILIO CORREA PUERTA.
Demandado: POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ LTDA. Y OTROS.

de 1:00 a 2:00 P.M. y ahí sí iba para la casa que quedaba cerca; y que trabajaba casi todos los domingos.

Por su parte, **María Gloria Avendaño Astroz** señaló que es hermana del señor Libardo Cardona- representante legal del policlínico-; que en el policlínico fue coordinadora desde 1992 hasta 2020; que como coordinadora estaba pendiente de las tareas que realizaba el personal, hacer cuadros de caja y enviar información; que conoce a la actora porque trabajó para el policlínico, haciendo oficios varios, como la limpieza del policlínico y de vez en cuando conseguir sencillo o a llevar documentos a CEDIT LTDA.; que la actora planchaba ropa del policlínico; que abría y cerraba el Centro Comercial Milenio Plaza; que una vez mandó a la actora a hacer la anterior labor; que la actora renunció a su trabajo; que la actora trabajó para CEDIT LTDA., haciendo oficios varios; que la actora trabajaba de 7:00 A.M. a 12 M y de 3:00 a 5.30 P.M. de lunes a sábado; que la actora laboraba dos domingos, y descansaba , dos; que a la actora el policlínico le pagó sus prestaciones sociales; y que Marluvi Galvis Cortés fue jefe de la oficina de donde se liquida nómina y hacen los pagos, la oficina se llama CEDIT LTDA.

Libia Benedicta Hernández Torres adujo que trabajó para el policlínico 19 años, del 09 de enero del 2001 a agosto del 2020; que era Auxiliar de Servicios Generales y hacía todo lo que era mensajería; que conoció a la actora, puesto que fue su compañera de trabajo, era Auxiliar de Servicios Generales, hacía el aseo general, barrer, trapear, y mantener la institución totalmente limpia; que la actora ingresó en el 2008 y estuvo como hasta el 2016; que la actora trabajaba con el policlínico; que les tocaba planchar, era turnado, una semana a la actora, y una a ella; que hacía labores de mensajería, así como generalmente llevaba la ropa que planchaba a CEDIT LTDA. donde estaba la unidad renal; que la jefe de las dos era María Gloria Avendaño; que no le consta que la actora tuviera que cerrar un centro comercial; que lo que sabe es que la actora pasó una carta de renuncia para la terminación de su contrato; que generalmente ella era quien

llevaba la ropa porque hacía las labores de mensajería, por lo que iba a CEDIT LTDA.; que le entregaban sobres de manila sellados, los llevaba, y luego de hacer todo eso, iba al centro comercial que era su puesto de trabajo; y que Marluvi Galvis Cortes fue su jefe en castilla donde entregaba todo lo que era de papelería.

Finalmente, **Ingrid Carolina Mendoza Malaver** expuso que trabajó para CEDIT LTDA. desde el 2008, en donde laboró como Auxiliar, luego, como Auxiliar Contable y Nómina, y desde 2017, es Jefe de Contaduría; que la actora fue empleada de CEDIT LTDA., desde el 01 de abril el 2016, y hasta el 28 o 30 de septiembre; que la coordinadora administrativa de cada sede tiene la potestad de evaluar el comportamiento de cada empleado, y esta le envió la carta de terminación del contrato de la actora un mes antes; que el nombre de la coordinadora es Yesenia Acosta; que desde el 2017 lleva la contabilidad de LIBLUCCELL, pero mediante contrato de prestación de servicios, no como empleado de planta; que a la actora se le pagaron todas las prestaciones al finalizar el contrato; que los turnos de la actora eran rotativos 5:30 A.M. a 1:30 P.M., de 1:30 P.M. a 9:00 P.M., y otro de 8:00 A.M. a 5:00 P.M.; que la coordinadora administrativa programaba el turno y se lo reportaba para la liquidación de la nómina; que cada entidad tiene su razón social y personería jurídica distinta; que en CEDIT LTDA. solo hay una sede; que en CEDIT LTDA. trabaja desde el 01 de agosto del 2008; y que las empresas demandadas no son un grupo empresarial, son razones sociales distintas.

De esta manera, lo primero que se hace necesario advertir es que los testimonios se estudiaron de conformidad con el principio de la libre formación del convencimiento, según las voces del artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., especialmente, el **Lady Julieth Sánchez Correa**, quien señaló sera hija de la demandante, motivo por el que su declaración se evaluó con mayor rigurosidad.

Del análisis de la prueba recaudada, encuentra la Sala que, ciertamente no existe duda de la existencia de un contrato de trabajo de la actora con el POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ LTDA. desde el 16 de enero de 2008.

Ahora, y en relación con CEDIT LTDA., encuentra la Sala que de conformidad con la testigo Lady Julieth Sánchez Correa, el servicio que prestaba la actora no sólo lo fue para el POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ, sino también para CEDIT LTDA., pues según sus declaraciones, en el policlínico la actora se encargaba del aseo, y luego, debía planchar ropa para llevarla a CEDIT LTDA; lo que corrobora la testigo Libia Benedicta Hernández Torres, quien adujo que en su condición de Auxiliar de Servicios Generales y Mensajera que tanto la actora como a ella, les tocaba planchar ropa, lo que era turnado entre ambas trabajadoras, y que posteriormente, tal ropa había que llevarla a CEDIT LTDA., lo que hacía generalmente ella.

En ese orden de ideas, es claro que la actora prestaba un servicio de planchado adicional a sus labores de aseo en el POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ LTDA., a favor de CEDIT LTDA., por lo que, le asiste razón a la A Quo al tener a ambas empresas como empleadores.

Ahora, y en lo referente a la terminación del contrato que aduce la demandada ocurrió el 30 de marzo de 2016 con el POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ LTDA., ciertamente, tal y como lo advirtiera la A Quo, no se puede desprender que se hubiere presentado algún tipo de finiquito contractual.

En efecto, la Sala encuentra que, mediante comunicación del 28 de marzo de 2016, la señora Gloria Avendaño, Coordinadora Administrativa del POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ LTDA., informó que la demandante sería trasladada a CEDIT LTDA., como consecuencia de que sería cerrado el centro comercial donde estaba ubicado el policlínico (fl.23 del archivo 01); empresa a la que ya la demandante venía prestando sus

servicios como quedó visto, por lo que debe entenderse la continuidad del contrato inicialmente, pero únicamente con CEDIT LTDA.

En este punto, se advierte que el aludido traslado, a juicio de la Sala, obliga al POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ LTDA., como quiera que según las voces del literal a) del artículo 32 del C.S.T. son representantes del empleador *“Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador”*, y como quedó visto del testimonio de la señora Gloria Avendaño además de ser hermana del representante legal del policlínico, realizó funciones de Coordinadora de este de 1992 a 2020, siendo términos de la testigo Libia Benedicta Hernández Torres, la jefe de esta y de la actora.

Así las cosas, lo que se presentó entre las partes fue la continuidad del vínculo laboral que formalmente se celebró con POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ, con CEDIT LTDA., y si bien se observa que el 31 de marzo de 2016 la actora presentó una carta de renuncia al policlínico (folio 21 del archivo 05), lo cierto es que para tal calenda, ya había sido trasladada a CEDIT LTDA., y en consecuencia si fuera su deseo dejar de laborar para tales empresas, hubiera presentado la carta de renuncia a esta última empresa o ambas; de modo que, en tales condiciones, la celebración del contrato a término fijo el 29 de marzo de 2016 no pasa de ser una mera fachada para encubrir la verdadera relación laboral que la accionante estaba sosteniendo con tales demandadas, quienes de manera conjunta se vieron favorecidas, especialmente, con los servicios de aseo y planchado de ropa de la demandante, por manera que, en tal sentido la Sala acompaña la decisión de la A Quo, al encontrarla ajustada a derecho y por ende, se confirmará la sentencia en lo referente a tener como verdaderos empleadores al POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ y a CEDIT LTDA.

Por otra parte, y en cuanto a la **sanción moratoria**, basta con recordar que según los presupuestos del artículo 65 del C.S.T., esta indemnización se impone únicamente cuando se adeudan salarios o prestaciones sociales, no obstante, la única condena que impuso el A Quo, fue la indemnización por despido sin justa causa, pues lo demás se encontró debidamente pagado. Al respecto, la norma citada señala *“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los **salarios y prestaciones debidos**, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo”*.

En lo referente, a la **solidaridad**, ciertamente el artículo 36 del C.S.T. señala que *“son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión”*, por manera que, le asiste razón al apoderado de la parte actora en cuanto a que las personas naturales demandadas y que resulten socios de las demandadas, deben responder en solidaridad. Al punto, se aclara que en la demanda se solicitó la solidaridad en estudio, así como se advirtió de la calidad de accionistas de las personas naturales.

Por tanto, y dado que está demostrado que FAVIAN ALEJANDRO CORDÓN TORRES y LIBARDO CORDÓN ASTROZ son socios del POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ y LUISA FERNANDA y FAVIAN ALEJANDRO CORDÓN TORRES de CEDIT LTDA., (fls. 7 a 15 del archivo 01), se **MODIFICARÁ el numeral primero** en el sentido de ADICIONAR que ALEJANDRO CORDÓN TORRES y LIBARDO CORDÓN ASTROZ en su condición de socios del POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ, y LUISA FERNANDA y FAVIAN ALEJANDRO CORDÓN TORRES en su condición de socios

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00019 -01
Demandante: RUTH AUXILIO CORREA PUERTA.
Demandado: POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ LTDA. Y OTROS.

de CEDIT LTDA., son solidariamente responsables de las condenas impuestas al POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ y a CEDIT LTDA., hasta el límite de responsabilidad de cada uno de los socios en mención.

Costas en esta instancia a cargo del POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ y a CEDIT LTDA.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que ALEJANDRO CORDÓN TORRES y LIBARDO CORDÓN ASTROZ en su condición de socios del POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ, y LUISA FERNANDA CORDÓN TORRES y FAVIAN ALEJANDRO CORDÓN TORRES en su condición de socios de CEDIT LTDA., son solidariamente responsables de las condenas impuestas al POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ y a CEDIT LTDA., hasta el límite de responsabilidad de cada uno de los socios en mención, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones que preceden.

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

TERCERO - Costas en esta instancias a cargo del POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ y a CEDIT LTDA.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00019 -01
Demandante: RUTH AUXILIO CORREA PUERTA.
Demandado: POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ LTDA. Y OTROS.

Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de cada una de las demandadas POLICLÍNICO SANTA FE DE BOGOTÁ y a CEDIT LTDA.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00412 -01
Demandante: **EDUARDO VILLAMIZAR ROMERO.**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 011.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como estudiar en Grado Jurisdiccional de Consulta la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **EDUARDO VILLAMIZAR ROMERO** promoviese contra **COLPENSIONES y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare que la solicitud de traslado del R.A.I.S. al régimen de prima mediante, y que fue elevada el 29 de agosto de 2016 cumple con los requisitos de ley, fue oportuna, y por tanto se le debió dar el trámite pertinente. Como consecuencia de lo anterior, pretende que OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. autorice el traslado de régimen de prima media junto con el

dinero ahorrado en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos; y que COLPENSIONES acepte al traslado aludido junto con los rubros que le sean pagados.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Laboró para el Ministerio de Defensa, Avianca S.A, y Trans World Translation, acumulando más de 21 años de cotización para pensión; **2)** En mayo de 2006 en virtud de la asesoría que recibió de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se trasladó a dicho fondo; **3)** En julio de 2015 solicitó proyección de su pensión, encontrando que su pensión sería equivalente a un salario mínimo; **4)** Solicitó proyección de su mesada en COLPENSIONES encontrando que esta sería superior; **5)** Pese a los obstáculos que impuso OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 29 de agosto de 2016 logró presentar su solicitud de traslado pensional; **6)** El 30 de agosto de 2016, COLPENSIONES negó la solicitud de traslado, señalando que el actor se encontraba inmerso en la prohibición legal de traslado, pues le faltaban menos de diez años para cumplir la edad pensional; y **7)** El 06 de septiembre de 2016 informó a COLPENSIONES que hizo su traslado antes el cumplimiento de la edad pensional, no obstante, dicha entidad respondió de forma negativa, indicando que se debían pasar documentos con tres meses de anterioridad.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 90 a 114 del archivo 01), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, no procedencia al pago de costas en instituciones de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Demandante: **EDUARDO VILLAMIZAR ROMERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

Expuso que no obra prueba con la que se pueda establecer con certeza que el 29 de agosto de 2016 se radicó la solicitud de traslado de régimen pensional; que el demandante no cumple los requisitos de la sentencia SU-069 de 2010 para trasladarse de régimen en cualquier tiempo; que

Por su parte, **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (fls.122 a 126 del archivo 01), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó buena fe y la genérica.

Indicó que en la actualidad el actor tiene más de 52 años, pero que si realizó su solicitud de traslado antes de cumplir de dicha edad, sería procedente el traslado.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 31 de marzo de 2022, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR LA VALIDEZ de la afiliación y traslado realizado por el actor de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a COLPENSIONES el día 29 de agosto de 2016.

SEGUNDO: ORDENAR a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el actor, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

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

CUARTO: SE DECLARAN no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

QUINTO: Se condena en costas a los demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de las demandadas.

En síntesis, el A Quo refirió que para lograr el traslado de régimen pensional es menester permanecer un mínimo de cinco años en este y elevar tal solicitud antes de los diez años para cumplir la edad pensional; que no es requisito exigir que la solicitud de traslado se haga tres meses antes de estar incurso en la prohibición de traslado cuando falta menos de diez años; que del expediente administrativo se logra establecer que el actor se trasladó al R.A.I.S. el 09 de marzo de 2006, que el 29 agosto de 2016 solicitó su traslado a COLPENSIONES, y que la edad de 52 años la cumpliría el demandante el 30 de agosto de 2016; que por lo anterior, el accionante cumple con las condiciones de ley para trasladarse; y que no opera la excepción de prescripción, pues se está frente a un derecho conexo a la seguridad social, por demás que se demandó dentro de los tres años siguientes a la solicitud de traslado de régimen pensional.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

COLPENSIONES argumentó igual que al contestar la demanda. Afirmó que no obra en el expediente solicitud de traslado allegada en debida forma ante la entidad antes de que el demandante cumpliera 52 años; que el demandante siguió efectuando aportes al R.A.I.S.; que era obligación del demandante informarse acerca de las consecuencias de su afiliación; que ha obrado de buena fe, por lo que, no es dable la imposición de costas; y que debe OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. retornar todos los valores que le fueron pagados como comisiones, valores destinados a pensión de garantía mínima, bonos pensionales, seguros previsionales, y gastos de administración.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de junio de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, se

dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de ambas partes, para reafirmar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si hay lugar al traslado del actor del R.A.I.S. al régimen de prima media, en virtud de la solicitud que presentó el 29 de agosto de 2016.

Del traslado de régimen pensional.

Sabido es que cuando un trabajador se afilia al Sistema General de Pensiones debe elegir el régimen pensional, pero una vez afiliado puede migrar de acuerdo a lo señalado en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, norma que dispone:

“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.”

Es así como al afiliado se le impide su traslado de régimen pensional cuando no ha cumplido el término mínimo de

permanencia que es de cinco años, y cuando le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse; prohibición esta que se fundamenta en la posibilidad que se le brinda al legislador de imponer límites al principio de libertad de escogencia de régimen pensional, a fin de evitar la descapitalización del fondo común del régimen de prima media, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del R.A.I.S.

Igualmente, no sobra recodar que conforme al literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, cuando el traslado de régimen *“se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización”*

Del caso en concreto.

En el proceso está acreditado y no es objeto de controversia en la instancia, lo relativo a **i)** El nacimiento del demandante el 30 de agosto de 1964 (fl.20 del archivo 01); **ii)** La afiliación del actor al régimen de prima media a través del I.S.S. desde el 31 de octubre de 1988 (fls.34 y 35 del archivo 01 y archivo 04); **iii)** La afiliación del actor a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS el 09 de marzo de 2006 (fl.138 del archivo 01); y **iv)** La solicitud de traslado de régimen pensional efectuada por el demandante el 29 de agosto de 2016, así como la negativa por parte de COLPENSIONES de aceptar tal traslado al aducir que el actor estaba inmerso en la prohibición de traslado al faltarle menos de diez años para cumplir la edad pensional, y que debió allegar tal petición tres meses antes de arribar a los 52 años (fls. 51 a 57 del archivo 01).

Pues bien. Sea lo primer indicar que, encuentra la Sala que el accionante se encuentra afiliado al R.A.I.S. desde el 09 de marzo de 2006, y que elevó solicitud de traslado de régimen

pensional el 29 de agosto de 2016, por lo que, para la última calenda llevaba 10 años, 5 meses, y 21 días en este régimen pensional, de modo que, acreditaba el requisito de cinco años de permanencia de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Por otra parte, avizora la Sala que la negativa de Colpensiones de aceptar el traslado del accionante se fundaba, principalmente, en el estar inmerso en la prohibición legal de que el demandante le faltaba menos de diez años para cumplir la edad pensional.

Al respecto, observa la Sala que, el demandante arribó a la edad de 52 años, el 30 de agosto de 2016, pues nació el mismo día y mes de 1964, de modo que, al haberse allegado la solicitud de traslado pensional el 29 de agosto de 2016, ciertamente se encontraba en término, y en consecuencia, era obligación de COLPENSIONES aceptar su migración.

Lo dicho cobra mayor fuerza, si se tiene en cuenta que las razones que adujo la entidad de pensiones no encuentran asidero en el ordenamiento jurídico, pues no se avizora norma alguna que disponga que dicha solicitud debe ser allegada por lo menos tres meses antes de que se arribe a la edad de 52 años, por lo que, en tales condiciones su respuesta se encuentra en contravía del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, y no encontrando la Sala razones atendibles para negar el traslado pensional, se considera que le asiste razón al demandante, no siendo justificación para determinar que este continuó en el R.A.I.S. que, hubiera realizado aportes, pues es claro que el demandante no podía dejar a la suerte la formación de su derecho pensional o desprenderse de su expectativa pensional a falta de diez años de cotización, que como es sabido es un momento determinante no sólo para lograr el requisito de semanas exigido para acceder a una pensión

de vejez, sino también para construir el I.B.L. con el que dicha pensión se reconocerá.

Aunado a ello, fue la misma negativa de COLPENSIONES de aceptar el traslado la que generó que dichas cotizaciones se siguieran efectuando ante el fondo privado, por demás que, si lo que se quería era fundamentar la existencia de actos de relacionamiento, no avizora la Sala que el accionante hubiera desplegado actos como solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, que pueden relacionarse como una señal nítida acerca del deseo continuar en el R.A.I.S. (SL413-2018), por el contrario existen dudas razonables sobre esa intención de permanencia.

Finalmente, y en lo referente a la posibilidad de devolver no sólo aportes y sus rendimientos, sino también gastos de administración y comisiones, bonos pensionales, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales, debe advertirse que no se está frente a una ineficacia de traslado como tantas veces lo advirtió el juez de primera instancia al momento de emitir su sentencia, por lo que, la norma aplicable únicamente es el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, la que como quedó visto únicamente impone la devolución de cotizaciones y sus rendimientos.

Aunado a ello, no debe olvidarse que en los asuntos donde se ventila la ineficacia de traslado se ordena la devolución de los rubros aludidos, por cuanto es consecuencia de la “ineficacia” que, las partes deben ser restituidas al estado anterior en el que se encontraban antes de la celebración del acto cuestionado (art. 1746 del CCC), de modo que, se entiende que la inscripción con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que el fondo privado que maneja la cuenta de ahorro individual del afiliado, debe devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros que recibió por concepto de la afiliación del demandante (SL1421-2019).

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Finalmente, y en lo que respecta a las **costas** se rememora que el legislador ha acogido un criterio objetivo, en virtud del cual, corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual "*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*", sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio. En consecuencia, era dable imponer condena en costas en primera instancia a cargo de COLPENSIONES, pues no sólo resultó vencida en juicio sino que fue la entidad que generó el litigio al no aceptar el traslado del actor pese a ser efectuado en término.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

VIII. DECISIÓN

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

Demandante: **EDUARDO VILLAMIZAR ROMERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO. – Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00412 -01

Demandante: **EDUARDO VILLAMIZAR ROMERO.**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRO.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de COLPENSIONES.



ALEJANDRAMARÍA HENAO PALACIO